

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DES

RECOURS JURIDICTIONNELS

Contre les Mesures de Police

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Ès sciences politique et économique)

Présentée et soutenue le Mercredi 15 Janvier 1908, à 1 heure

PAR

Charles BLAEVOET

Lauréat de la Faculté de droit de Paris
Rédacteur au Ministère des Travaux Publics

Président : M. LARNAUDE, professeur
Suffragants { *MM. CHAVEGRIN, professeur*
HITIER, agrégé

PARIS

IMPRIMERIE BONVALOT-JOUE

15, Rue Racine, 15

1908

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DES

RECOURS JURIDICTIONNELS

Contre les Mesures de Police

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Ès sciences politique et économique)

Présentée et soutenue le Mercredi 15 Janvier 1908, à 1 heure

PAR

Charles BLAEVOET

Lauréat de la Faculté de droit de Paris
Rédacteur au Ministère des Travaux Publics



Président : M. LARNAUDE, professeur
Suffragants { *MM. CHAVEGRIN, professeur*
HITIER, agrégé

PARIS

IMPRIMERIE BONVALOT-JOUVE

15, Rue Racine, 15

—
1908

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

MEIS ET AMICIS



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555828_0003

INTRODUCTION

L'existence d'un recours implique celle d'un tort. Par suite, nous nous appliquerons d'abord à déterminer les torts de la police. A cet effet, il convient de délimiter son champ d'activité ; nous verrons dans quels cas elle en dépasse les bornes : par là même se trouveront indiqués les divers cas de recours.

Puis, nous examinerons les recours juridictionnels en eux-mêmes, en France et à l'étranger. Nous aurons ainsi une idée de la façon dont les droits individuels sont protégés contre l'action de la police. Nous négligerons la procédure et l'historique des recours, qui ne présentent pas grand intérêt pour les particuliers lésés ; il leur importe surtout de connaître l'étendue, les conditions de recevabilité et de succès ainsi que les effets de leurs recours. Nous nous en tiendrons donc là.

Nous apprécierons ensuite la valeur comparée de ces recours. Nous insisterons sur le caractère des recours qui résulte bien plus des tendances d'un peu-

ple que de ses lois, dans les matières de droit public.

Tel est succinctement tracé, le plan que nous suivrons.

Quand nous parlerons de police, nous n'entendrons viser que la police administrative, par opposition à la police judiciaire. La différence entre leurs rôles est nettement formulée par le Code de brumaire an IV, articles 16 à 20 : « La police est instituée pour maintenir l'ordre public, la liberté, la propriété, la sûreté individuelles. Elle se divise en police administrative et en police judiciaire. La police administrative a pour objet le maintien habituel de l'ordre public dans chaque lieu et dans chaque partie de l'administration générale. Elle tend principalement à prévenir les délits. La police judiciaire recherche les délits que la police administrative n'a pas pu empêcher de commettre, en rassemble les preuves et en livre les auteurs aux tribunaux chargés par la loi de les punir. » En pratique, les deux polices se trouvent souvent réunies dans les mêmes mains ; mais la distinction conserve toute sa raison d'être en théorie et nous l'observerons rigoureusement dans ce travail.

LIVRE PREMIER

DÉFINITION DE LA POLICE

Son fondement. — Son rôle propre
Ses moyens d'action. — Ses pouvoirs

On a coutume de se servir du mot « police » dans bien des sens qu'il convient de distinguer au seuil même de cette étude. Jusqu'à la Révolution, on comprenait par là tout ce qui a trait au droit administratif. Voici en effet ce que Delamarre écrivait à ce sujet, en 1734 (1) : « On le prend quelquefois pour le gouvernement général de tous les Etats, sous quelque forme qu'ils soient établis et dans ce sens, il se divise en monarchie, aristocratie, démocratie et en quelques autres parties moins parfaites, formées des différents mélanges qui se peuvent faire de ces trois

1. Delamarre. *Traité de la police*, 2^e édit., 1732. T. I, Liv. I, Titre I (Idée générale de la police), p. 1 à 4.

premières. D'autrefois, il signifie le gouvernement de chaque Etat en particulier ; et alors il se divise en police ecclésiastique, police civile et police militaire ; mais ordinairement et dans un sens plus limité, il se prend pour l'ordre public de chaque ville ; et l'usage l'a tellement attaché à cette signification, que toutes les fois qu'il est prononcé absolument et sans suite, il n'est entendu que dans ce dernier sens. Il semble même que c'est uniquement celui-ci que les philosophes et les jurisconsultes ont eu en vue dans tous ces grands éloges qu'ils ont donnés à la police et que nous lisons dans leurs écrits. »

A l'appui Delamarre cite notamment Le Bret (1), et Loiseau (2), et conclut en énumérant les divers objets de la police, telle qu'il l'entend : « La police, selon nous, est donc toute renfermée dans ces onze parties, que l'on vient de parcourir : la religion, la discipline des mœurs, la santé, les vivres, la sûreté et la tranquillité publique, la voirie, les sciences et les arts libéraux, le commerce, les manufactures et les arts mécaniques, les serviteurs domestiques, les manouvriers et les pauvres. »

Aujourd'hui, la généralité des auteurs se fait une idée moins large de la police. Cependant, en Allemagne surtout, il en est de très appréciés qui conti-

1. Le Bret. *De la souveraineté du Roy.*, Liv. IV. Ch. XV et XVIII.

2. Loiseau, *Traité des seigneuries*, ch. IX.

nuent à englober dans le concept de police, non seulement les services organisés en vue de maintenir le bon ordre, mais encore, ceux qui fonctionnent en vue d'assurer le bien-être des citoyens et le développement de la civilisation. Mais nous ne voulons parler ici que des sens tout à fait modernes du mot et nous n'en trouvons pas moins de six, en droit administratif seulement. Il désigne en effet :

1° L'institution ou l'ensemble des services organisés qui veillent au maintien ou au rétablissement de l'ordre public. C'est ainsi qu'on dit : « La police est une branche de l'administration » ;

2° L'autorité investie de la puissance publique, dans l'intérêt de l'ordre public. On dira, par exemple, avec cette signification : « La police s'occupe des mœurs » ;

3° Le droit dont est investie cette autorité. C'est dans ce sens qu'on emploie le mot en énonçant par exemple que : « La police comprend le droit de réquisition » ;

4° Les dispositions législatives, réglementaires ou individuelles, qui autorisent ou constituent l'exercice du droit de police. Ainsi, on distinguera la police municipale, la police de lavoirie, etc. ;

5° Les agents d'exécution. C'est un emploi très fréquent du mot, parce que ces agents matérialisent, incarnent en quelque sorte la police. Exemple : « La police disperse les rassemblements » ;

6° Enfin, le résultat même de l'action des autorités. On dira par exemple en ce sens que « telle ville jouit d'une bonne police ».

Le sens du mot qui nous intéresse le plus dans cette thèse, est le troisième à savoir : « Le droit dont l'autorité est investie. » Il y aura lieu d'en indiquer les diverses manifestations, l'étendue, les cas d'application.

A cet effet, il importe tout d'abord de bien voir ce qu'est la police et ce qu'elle fait ; ce qu'elle peut faire et ce qu'elle ne peut pas faire, pour délimiter nettement son champ d'action. Les recours ont justement pour but de le circonscrire nettement. Mais proposer une définition et critiquer celles qui ont été données, supposent connus le fondement du droit de police, les caractères de la mission de l'autorité et les moyens dont elle peut disposer. Ce sont les points que nous abordons maintenant.

Pour son existence et pour son développement, la société a besoin d'utiliser toutes les forces sociales, par suite de jouir d'un état de choses qui permette aux activités utiles de s'exercer harmonieusement. Cet état de choses est ce que nous appellerons « l'ordre public ». Tout trouble de l'ordre public entraîne une déperdition d'énergie qu'il convient d'éviter. C'est à quoi s'attachent en partie le législateur et entièrement les autorités de police. Le fondement du droit de police se trouve donc dans le droit de légitime

défense que possède la société contre tous les dangers qui peuvent la menacer (1). Le législateur, sur ce terrain, a une mission à la fois plus étendue et plus élevée que l'autorité de police.

Sa mission est plus étendue d'abord, en ce qu'il règle l'exercice des libertés publiques, même dans le cercle des affaires privées, tandis que l'autorité de police ne le règle que s'il se produit *coram populo* ou s'il peut avoir une influence sur les conditions extérieures de la vie des autres ; par là même, la réglementation de certaines libertés lui échappe.

La mission du législateur (2) est aussi plus étendue en ce qu'il s'occupe du trouble pour le prévenir et le réprimer partout où son action nocive peut exister, tandis que l'autorité de police se borne à ce qui intéresse directement la collectivité : la loi matérielle imposera la réparation d'un dommage *inter partes*, par exemple, alors que la mesure de police restera étrangère aux négociations des individus entre eux.

Le législateur a une mission plus élevée, en ce

1. Béquet. V^o Police.

2. Nous entendons par « législateur » le législateur dans l'exercice normal de sa fonction ; nous excluons les actes administratifs nombreux qu'il revêt de la forme légale, tels que déclarations d'utilité publique, ventes de biens domaniaux, autorisations, etc.

sens, que, s'il prévoit un trouble, c'est de très loin, et que, s'il en prend souci, c'est dans un esprit supérieur de justice et d'utilité commune. L'autorité de police a des vues beaucoup plus courtes : elle intervient seulement quand le danger est imminent, qu'il soit d'ailleurs passager ou permanent (1), et c'est à seule fin de veiller à la sécurité, de maintenir la paix.

Le législateur tend vers la justice, vers le bien public, l'autorité de police ne demande que du calme, de la tranquillité, de la sécurité ; l'un va au fond des choses et cherche à faire régner le droit, l'autre se contente du superficiel et cherche seulement à faire régner l'opinion que le droit est respecté et que tout se passe pour le mieux dans la société.

Nous voyons que, si le législateur et l'autorité de police s'efforcent tous deux de prévenir les troubles de l'ordre public, que, s'ils ont un domaine commun en partie, ils agissent dans un esprit très différent.

Les explications qui précèdent nous permettront de donner une *définition de la police*. Selon nous, — la police est une institution qui a pour objet, en imposant des restrictions à la liberté individuelle sous une sanction pénale, de prévenir tout trouble

1. Lœning. *Revue de droit public*, 1896, VI, p. 408 :

« Il faut que les faits fassent présumer que, sans l'intervention de la police, le dommage se produira. »

imminent de l'ordre public, ou de le faire cesser dès qu'il s'est produit, mais seulement en tant que les lieux publics ou accessibles au public et les conditions normales extérieures de l'existence y sont intéressés. — Nous allons préciser cette notion en la développant.

Tout d'abord, le moyen qu'emploie la police pour atteindre son but, c'est toujours la restriction de la liberté individuelle accompagnée d'une sanction pénale. Cette sanction est ordinairement l'amende de 1 franc à 5 francs prévue par l'article 471-15° du Code pénal. Exceptionnellement, ce peut être une peine correctionnelle, comme celles que prévoit l'article 21 de la loi du 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer. En cas de récidive, c'est un emprisonnement qui peut aller jusqu'à cinq jours (art. 474, 478, § 1, 479, 482, du C. p.) et même parfois jusqu'à un mois (art. 478, § 2). La police se sépare ainsi du législateur qui ne restreint pas toujours la liberté individuelle et qui édicte souvent comme sanction autre chose qu'une pénalité.

Ensuite, disons-nous, la police a pour but de prévenir le trouble. Par là, elle se sépare nettement de la justice qui le réprime au contraire. Le mot « trouble » comprend tout ce qui est susceptible d'avoir des suites fâcheuses, tant au point de vue moral qu'au point de vue matériel ; le trouble peut être considérable ou minime, temporaire ou permanent, général

ou local ; il peut provenir de l'homme, des animaux ou de la nature.

C'est des troubles « imminents » que s'occupe la police, tandis que, le plus souvent, le législateur et l'administrateur préviennent des troubles qui ne se produiraient qu'à plus ou moins longue échéance sans leur intervention.

Qu'elle prévienne le trouble ou qu'elle rétablisse l'état de choses utile à la communauté, la police ne le fera jamais qu'en tant que les lieux publics ou accessibles au public et les conditions normales extérieures de l'existence auraient à souffrir de son inaction. Les conditions normales extérieures de l'existence sont celles qui permettent aux fonctions essentielles de l'homme de s'exercer : il faut que l'homme puisse respirer un air salubre, habiter des locaux hygiéniques, travailler dans des ateliers aérés et sans être trop exposé au danger, se nourrir d'aliments sains ; il faut qu'il puisse aller et venir sans crainte pour son intégrité physique ou morale. C'est à la police de veiller sur tous ces points. Mais, sauf au cas d'appel ou de cris de détresse, elle ne franchira pas le seuil des habitations particulières, car le public n'y est pas admis ; elle ne s'occupera pas d'assurer le bien-être des individus : mission qui appartient au législateur et à l'administration. Elle se contentera d'empêcher tout ce qui peut nuire à

l'existence ordinaire des individus ; elle ne s'inquiétera pas du développement de la civilisation.

Nous avons ainsi tracé le domaine d'action de la police. Parcourons-le d'un peu plus près. On distingue ordinairement trois formes principales de la police :

1° La police politique, qui s'occupe de prévenir les complots, c'est-à-dire les plus graves perturbations de la vie sociale ;

2° La police de sûreté qui prévient toute atteinte à l'intégrité des personnes et des biens : elle a pour objet d'empêcher les crimes et les délits, qui jettent l'alarme dans les couches profondes de la société (1).

Cette double activité de la police a pour effet de maintenir la paix publique, c'est-à-dire la conviction partagée par la généralité que la sécurité règne partout.

3° La police administrative, proprement dite, qui veille à l'état de choses général utile à la communauté et empêche toute violation des règles imposées aux citoyens sous une sanction pénale en vue d'un intérêt commun autre que celui du maintien de la sûreté (2).

Du rôle même assigné à la police découlent les

1. En ce sens Presutti. « Polizia di pubblica sicurezza e polizia amministrativa. » *Archivio giuridico*, 1900, t. LXV.

2. Presutti, *loc.*, *cit.*

caractères de son action qu'il convient maintenant de préciser.

Avant tout, elle est préventive. La police ne crée rien, n'organise rien de positif, d'apparent : elle surveille, elle empêche seulement toute atteinte aux institutions, sa mission est essentiellement inhibitive et conservatrice.

Le but de la police est proprement négatif : « Pas de trouble » (1), telle est sa devise. Bien souvent, elle semble avoir un rôle positif. En effet, elle ne se borne pas à des défenses ; elle commande, elle autorise. Et d'autre part, elle protège l'Etat contre les dangers qui le menacent, l'individu contre les périls qu'il ne peut lui-même écarter, soit qu'ils viennent d'autres individus, responsables ou irresponsables, soit qu'ils viennent des animaux ou des phénomènes naturels ; elle fait plus encore : elle est souvent paternaliste et protège l'individu contre lui-même ; elle lui interdira par exemple, le passage d'un pont peu solide au lieu de se borner à un simple avertissement.

Mais ces commandements, cette protection ne sont que des moyens pour réaliser cette fin : l'absence de trouble.

Un autre caractère fréquent de l'action de la police est d'être discrétionnaire. Elle n'a pas besoin de

1. Otto Mayer. *Le droit adm. all* , II, 1-76.

motiver ses ordres. Nous allons voir que ceux-ci doivent néanmoins rester légaux. On peut expliquer cette dispense de motivation par la promptitude même avec laquelle la police doit le plus souvent agir et par le souci d'éviter toute discussion qui empêche l'exécution immédiate utile pour tous.

Du rôle de la police dérivent également les pouvoirs dont elle est investie.

L'autorité de police a d'abord le pouvoir réglementaire, c'est-à-dire le pouvoir de prendre des mesures générales ou des mesures individuelles, consistant en des injonctions, en des défenses ou en des autorisations. Aux mesures générales on donne plus spécialement le nom de « règlements de police » (*Polizeiverordnung*), aux mesures individuelles ceux de « décrets », « arrêtés » (*Verfügung*); mais cette terminologie n'est pas rigoureuse et très souvent des actes s'adressant à une collectivité sont intitulés « décrets » ou « arrêtés ». Quoi qu'il en soit, tous ces ordres jouissent du bénéfice de l'exécution préalable, antérieure à toute discussion devant le juge.

L'autorité de police dispose de la puissance publique : « Le magistrat de police ne fait acte de sa fonction, dit M. Lépine, que si la contrainte est nécessaire pour atteindre le but qu'il poursuit. D'où cette double conséquence qu'un règlement dont l'exécution peut être obtenue sans le secours d'une sanction pénale n'a pas le caractère d'un règlement

de police et que tous les règlements de police, mais eux seuls, sont susceptibles d'obtenir la sanction pénale. » (1).

Le droit allemand connaît à la différence du droit français, ce qu'on appelle des « règlements pénaux de police » (Polizeistrafverordnungen) et des « arrêtés pénaux de police » (Polizeistrafverfügungen). En effet, en Allemagne, la loi, dans la sphère de l'administration et spécialement dans celle de la police, délègue, dans une vaste mesure, la création des règles de droit par l'ordonnance. Dans la sphère d'influence du droit français, la loi, par principe, n'use pas de la faculté de déléguer à l'ordonnance la fixation de la peine de police. Seule, dans l'Allemagne du Sud, la désignation plus exacte du fait punissable peut être abandonnée au règlement de police ; il y a bien des « Polizeistrafgesetze » et des « Polizeiverordnungen » mais il n'y a pas de « Polizeistrafverordnungen ». Au contraire, la loi prussienne du 11 mars 1850 permet aux autorités, pour le cercle d'affaires de police qui leur est attribué « d'édicter des prescriptions » et de « fixer, en cas d'inobservation, des amendes » jusqu'à un taux déterminé. La règle *Nulla pœna sine lege* reste vraie, en ce sens que tout règlement, tout arrêté doit pouvoir se réclamer de la loi ou d'une délégation légale.

1. Béquet. Y^o Police.

L'autorité de police peut aussi adresser aux individus une réquisition écrite ou verbale, exigeant d'eux des travaux, des services ou du secours « dans les circonstances d'accidents, tumultes, naufrage, inondation, incendie ou autres calamités, ainsi que dans les cas de brigandages, pillages, flagrant délit, clameur publique ou d'exécution judiciaire » (art 475-12° Code pénal).

Elle a également le droit de recourir, si besoin est, à la force armée pour faire exécuter ses ordres. Ces pouvoirs impliquent celui d'employer la contrainte morale ou matérielle à l'égard de ceux qui ne se conformeraient pas à ses prescriptions.

Enfin, les agents de la police ont le droit de pénétrer dans tous les lieux accessibles au public pour y maintenir le bon ordre.

Nous connaissons ainsi le rôle de la police, son champ et ses moyens d'action. Nous avons défini l'institution en tenant compte de ces trois éléments. Il s'agit maintenant de passer en revue diverses définitions modernes qui en ont été données et de les critiquer. Presque toutes ont le tort d'élargir trop le domaine de la police, en y comprenant soit toute l'administration, soit toute la législation, et ce défaut provient de ce que beaucoup d'auteurs définissent la police par son arme principale, la puissance publique. C'est ce que font MM. Otto Gerland, en disant qu'« elle est la puissance publique se manifestant

sous la forme de la contrainte » (1), Lœning (2), qui la représente comme « l'exercice de la puissance publique pour l'administration intérieure, en tant qu'elle use de contrainte sur les personnes ». Or, il est incontestable que la contrainte est employée souvent pour des actes d'administration, qui ne sont pas des mesures de police, par exemple, en matière d'expropriation ou pour le paiement des amendes. M. Lœning reconnaît lui-même, plus tard, que la contrainte ne doit pas être regardée comme facteur déterminant, parce que « la police n'a à l'employer que si ses fins ne peuvent être atteintes autrement » (3).

Un reproche du même genre peut être fait à M. Hauriou. Pour lui, comme pour Ferrière, la police est « le règlement de la cité, c'est-à-dire le maintien de l'ordre public assuré par une réglementation appuyée sur la force publique et sur les organisations publiques » (1). Une pareille définition comprend le système législatif tout entier, et il n'y a pas une de nos lois civiles, politiques, administratives

1. Otto Gerland. « Ueber den Begriff der Polizei nach preussischem Recht », § 9. *Arch. für off. Recht*, 1890, V : « Die Betätigung der autoritativen zwangsgestalt des Staates. »

2. Lœning. *Verwaltungsrecht*, p. 8.

3. *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, par Conrad, Elster, Lexis, Lœning. V^o Polizei.

4. *Droit adm.*, 5^e édit., 1903, p. 505.

ou pénales, qui n'ait pour but d'assurer *l'ordre public*, qui ne repose sur la force publique et sur les organisations publiques : on peut le dire même des lois qui paraissent n'avoir d'autre but que la protection des droits privés, car si le législateur protège les droits privés, c'est parce qu'il considère que l'ordre public est intéressé à ce qu'ils le soient, et la réglementation qu'il établit dans ce but s'appuie sur la force publique et sur *l'organisation publique (organisation judiciaire)*

Nous adresserons une critique analogue :

A la définition donnée par M. Otto Mayer : « La police est l'activité de l'Etat, en vue de défendre, par les moyens de la puissance d'autorité, le bon ordre de la chose publique contre les troubles que les existences individuelles peuvent y apporter » (1) ;

A celle de M. Berthélemy : « La police est l'ensemble des services organisés ou des mesures prescrites en vue d'assurer le maintien de l'ordre et de la salubrité à l'intérieur du pays » (2) ;

A celle de M. Rosin : « La police est l'ensemble des limitations apportées à la liberté naturelle d'agir de l'individu dans l'intérêt commun. » (3).

1. *Droit adm. allem.*, Trad. franç., 1904, II, p. 7.

2. Berthélemy. *Droit adm.*, 5^e édit., 1906, p. 225.

3. Rosin. *Das Verordnungsrecht*, 2^e éd., 1895, p. 131.

M. Duguit ouvre aussi la porte au législateur, lorsqu'il dit : « Est décision de police, toute décision individuelle ou générale qui interdit ou ordonne un certain agissement afin d'assurer, par voie préventive, la tranquillité, la sécurité et la salubrité publiques. » (1).

Nous remarquerons d'ailleurs que la plupart des auteurs ne tiennent pas compte des troubles occasionnés par les phénomènes naturels. Or, il entre dans le rôle de la police de les faire cesser, ainsi que nous l'avons indiqué.

Si maintenant nous passons aux textes législatifs, nous verrons que la méthode énumérative y est en faveur.

Citons le Code général prussien de 1794, deuxième partie, tome XVII, article VI : « Le rôle de la police consiste à prendre les mesures nécessaires pour maintenir la paix, la sécurité et l'ordre public, et pour écarter les dangers qui menacent le public ou certains de ses membres. » Lœning observe qu'il convient d'ajouter « dans leurs personnes et dans leurs biens ».

Beaucoup plus complets sont les textes français.

L'article 3, titre XI de la loi française des 16-24 août 1790 est ainsi conçu :

1. Duguit. *Droit constit.*, 1907, p. 1034.

« Les objets de police confiés à la vigilance et à l'autorité des corps municipaux sont :

1° « Tout ce qui intéresse la sûreté et la commodité du passage dans les rues, quais, places et voies publiques, ce qui comprend : le nettoiemment, l'illumination, l'enlèvement des encombrements, la démolition ou la réparation des bâtiments menaçant ruine, l'interdiction de ne rien exposer aux fenêtres ou autre partie des bâtiments qui puisse nuire par sa chute, — et celle de ne rien jeter qui puisse blesser ou endommager les passants, ou causer des exhalaisons nuisibles ;

2° « Le soin de réprimer ou de punir les délits contre la tranquillité publique, tels que les rixes et les disputes accompagnées d'ameutement dans les rues, le tumulte excité dans les lieux d'assemblées publiques, les bruits et attroupements nocturnes qui troublent le repos des citoyens ;

3° « Le maintien du bon ordre dans les endroits où il se fait de grands rassemblements d'hommes, telles que les foires, marchés, réjouissances et cérémonies publiques, spectacles, jeux, cafés, églises et autres lieux publics ;

4° « L'inspection sur la fidélité du débit, des denrées qui se vendent au poids, à l'aune ou à la mesure, et sur la salubrité des comestibles exposés en vente publique ;

5° « Le soin de prévenir, par des précautions convenables, et celui de faire cesser par la distribution des secours nécessaires, les accidents et fléaux calamiteux, tels que les incendies, les épidémies, les épizooties, en provoquant aussi, dans les deux derniers cas, l'intervention de l'autorité des administrations de département et de district ;

6° « Le soin d'obvier ou de remédier aux événements fâcheux qui pourraient être occasionnés par les insensés ou les furieux laissés en liberté, et par la divagation des animaux malfaisants ou féroces. »

On reconnaît facilement la reproduction de ce texte dans l'article 97 de la loi du 5 avril 1884 :

« La police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté et la salubrité publiques. — Elle comprend notamment :

1° Tout ce qui intéresse la sûreté et la commodité du passage dans les rues, quais, places et voies publiques ce qui comprend le nettoyage, l'éclairage, l'enlèvement des encombrements, la démolition ou la réparation des édifices menaçant ruine, l'interdiction de ne rien exposer aux fenêtres ou autres parties des édifices qui puisse nuire par sa chute ou celle de ne rien jeter qui puisse endommager les passants ou causer des exhalaisons nuisibles ;

2° Le soin de réprimer les atteintes à la tranquillité publique : telles que les rixes et disputes accompagnées d'ameutement dans les rues, le tumulte excité dans les lieux d'assemblée publique, les attroupements, les bruits et rassemblements nocturnes, qui troublent le repos des habitants, et tous actes de nature à compromettre la tranquillité publique ;

3° Le maintien et le bon ordre dans les endroits où il se fait de grands rassemblements d'hommes, tels que les foires, marchés, réjouissances et cérémonies publiques, spectacles, jeux, cafés, églises et autres lieux publics ;

4° Le mode de transport des personnes décédées, les inhumations et exhumations, le maintien du bon ordre et de la décence dans les cimetières, sans qu'il soit permis d'établir des distinctions ou des prescriptions particulières à raison des croyances ou du culte du défunt, ou des circonstances qui ont accompagné sa mort ;

5° L'inspection sur la fidélité du débit des denrées qui se vendent au poids ou à la mesure, et sur la salubrité des comestibles exposés en vente :

6° Le soin de prévenir, par des précautions convenables, et celui de faire cesser, par la distribution des secours nécessaires, les accidents et les fléaux calamiteux, tels que les incendies, les inondations, les maladies épidémiques ou contagieuses, les épizooties, en provoquant, s'il y a lieu, l'intervention de l'administration supérieure ;

7° Le soin de prendre provisoirement les mesures nécessaires contre les aliénés dont l'état pourrait compromettre la morale publique, la sécurité des personnes ou la conservation des propriétés ;

8° Le soin d'obvier ou de remédier aux événements fâcheux qui pourraient être occasionnés par la divagation des animaux malfaisants ou féroces. »

« De ces textes se dégage une idée qui peut se préciser, dit M. Larnaude (1). Les fonctions économiques, la fonction de civilisation doivent être écar-

1. M. Larnaude à son cours, 1904-1905.

tées ; quand l'Etat pourvoit au bien-être, aux intérêts économiques, moraux, religieux, politiques il ne fait pas de police (1). La mission de la police est particulièrement une mission de protection pour les personnes, pour les biens, pour l'Etat. »

C'est bien en effet ce qui ressort des textes. Mais nous avons indiqué que l'administration et le législateur ont une mission analogue par certains côtés et qu'il convenait, selon nous, d'envisager le terrain sur lequel opère l'autorité et l'esprit dans lequel elle agit pour définir plus exactement le rôle de la police.

Ayant vu ce qu'est la police et ce qu'elle fait, nous entrerons au cœur de notre sujet en montrant ce qu'elle ne peut pas faire. Nous pouvons le résumer en ces quelques mots : — Elle est soumise comme toutes les institutions de l'Etat moderne, au régime de légalité. — C'est dire que l'autorité de police ne peut rien faire sans qu'une loi le lui ait permis, qu'elle ne peut imposer d'obligations aux individus que dans la mesure strictement nécessaire, et qu'elle doit diriger ses efforts uniquement vers le but qui lui est assigné.

« Le commandement, dit Jellinek, ne peut que préciser l'obligation générale déjà existante en vertu d'une règle de droit. Il n'y a pas de droit de commandement primordial [et *præter legem*. La recon-

1. C'est ce qu'on appelle en allemand « *Pflege* » par opposition à « *Polizei* ».

naissance d'un pareil droit contredirait le principe qui gouverne les relations des sujets avec l'Etat moderne, principe en vertu duquel nul ne doit obéissance qu'à la loi. » (1). La police n'échappe pas à la rigueur de ce principe. En effet, par ses ordres, par ses défenses, elle restreint la liberté de l'individu ; or seul, le législateur a ce droit : la police doit donc toujours rester dans les limites que la loi lui a assignées. Si elle empiète sur le domaine du législateur ou de la justice, elle commet une « usurpation de pouvoir » ; si elle empiète sur les attributions d'une autre autorité exécutive, elle commet un « excès de pouvoir ». Si elle procède sans droit à une exécution, elle se rend coupable de « voie de fait ». Dans un cas comme dans l'autre, son action est illégale et, sous un bon régime de droit, un recours doit être ouvert à tout individu qui pourrait en souffrir.

Il convient donc d'indiquer très exactement ce qui est réservé à la loi et quelle mesure l'autorité de police doit constamment garder pour bien remplir sa mission. Cette étude fera précisément l'objet du livre second.

1. Jellinek, *System der öff. Rechte*. S. 315-316.

LIVRE II

LIMITES DES POUVOIRS DE LA POLICE

Sous un régime de légalité, avons-nous dit, la police ne peut agir que si elle est autorisée par la loi. Deux conséquences découlent de ce principe :

1° L'autorité de police ne doit pas empiéter sur le champ du législateur ;

2° Si elle reste dans son domaine propre, elle doit encore respecter la loi en n'abusant pas de ses pouvoirs. Elle peut alors se trouver en présence de l'une ou l'autre des trois éventualités suivantes :

a) Ou la loi a prévu le cas dont s'occupe l'autorité et fixé ses pouvoirs. Il est donc facile de dire s'il y a ou non excès de pouvoir ;

b) Ou la loi a prévu l'action de l'autorité sans fixer ses pouvoirs ;

c) Ou enfin la loi n'a rien prévu.

Dans ces deux dernières hypothèses, l'autorité de police n'a pas cependant un pouvoir arbitraire. Nous

verrons que son rôle et son but mêmes lui imposent des limites.

Il semble tout naturel d'envisager successivement les situations qui viennent d'être distinguées pour montrer quand et comment l'autorité de police sort de la légalité et s'expose au recours.

CHAPITRE PREMIER

Usurpations de pouvoirs

Nous avons dit tout d'abord que l'autorité de police ne doit pas usurper sur le champ réservé au législateur. Faisant partie du pouvoir exécutif, elle doit veiller à l'application des lois et règlements ; mais elle ne saurait faire la loi elle-même, sans porter atteinte au principe de la séparation des pouvoirs.

Cependant, pour que l'exécution d'une loi ou d'un règlement puisse au besoin être obtenue par voie de contrainte, il faut qu'une sanction soit édictée. Qu'arrivera-t-il si le législateur ou le chef de l'Etat l'ont oubliée, si l'on se trouve en présence d'une *lex imperfecta* ?

Pour les *règlements*, et pour tous, selon nous, il en existe toujours une ; c'est l'article 471 § 15 du Code pénal qui la fournit :

« Seront punis d'amende depuis 1 franc jusqu'à 5 francs exclusivement : ... ceux qui auront con-

trevenu aux règlements légalement faits par l'autorité administrative, et ceux qui ne se seront pas conformés aux règlements et arrêtés publiés par l'autorité municipale... ». Ce texte s'applique-t-il aux règlements présidentiels ? Oui, semble-t-il, puisqu'il est général. Mais la jurisprudence n'est pas du même avis. En 1886 (1), M. le conseiller Tanon disait, en effet, s'adressant aux juges de la Cour de cassation :

« En résumé, si nous comprenons bien votre jurisprudence dans l'état actuel, telle qu'elle résulte tant de votre arrêt du 13 décembre 1851 (2), que de l'ensemble des arrêts antérieurs, nous voyons qu'elle n'accorde la sanction de l'article 471-15° aux décrets du chef de pouvoir exécutif que dans les cas suivants :

1° Lorsqu'ils ont statué sur les objets de police municipale déterminés par les lois des 16-24 août et du 5 avril 1884 (3) (il en serait de même, sans doute, par identité de motifs, des décrets statuant dans le cercle des matières de police attribuées à l'autorité préfectorale) ;

2° Lorsqu'ils ont été pris en vertu d'une délégation spéciale de la loi. »

M. le conseiller Tanon insistait pour que la sanc-

1. Cass. crim., 23 oct. 1886. S. 1886, I, 493.

2. S. 52, I. 371.

3. Cass., 17 avril 1856. S. 56. I. 477 et 3 mars 1877. S. 77. I, 389.

tion de l'article 471-15° fût appliquée à tous les règlements présidentiels, sans distinction :

« Le chef de l'Etat a, en dehors des délégations qui peuvent lui être faites par des lois spéciales, et qui donnent lieu aux décrets rendus en Conseil d'Etat que l'on nomme plus particulièrement règlements d'administration publique, un pouvoir réglementaire général pour l'exécution des lois, qui n'a d'autres limites que celles qu'il rencontre dans les attributions du pouvoir législatif. Tous les décrets pris par l'Etat pour l'exécution des lois et sans empiètement sur le pouvoir législatif sont donc en réalité des règlements « légalement faits ». Nous admettons ainsi, que tous les règlements, sans distinction, sont sanctionnés par l'article 471-15°.

Mais, quand c'est en présence d'une *lex imperfecta* que se trouve le gouvernement, peut-il la faire exécuter par la voie administrative ?

La question s'est posée à propos des congrégations, la loi du 1^{er} juillet 1901 n'ayant pas prévu de sanction administrative pour le cas où les congrégations refuseraient de se dissoudre. Le gouvernement fit apposer les scellés sur leurs établissements. En avait-il le droit ? Le tribunal des conflits a répondu par l'affirmative dans l'arrêt du 2 décembre 1902 (1).

1. S. 1904, III, 17 et D. 1903, III, 41 — Le Conseil d'Etat s'est prononcé dans le même sens : arrêt du 19 février 1904. D. 1904. III, 57.

Voici les conclusions de M. Romieu, en ce sens :

« C'est un principe fondamental de notre droit public que l'administration ne doit pas mettre d'elle-même la force publique en mouvement pour assurer *manu militari* l'exécution des actes de puissance publique, et qu'elle doit s'adresser d'abord à l'autorité judiciaire qui constate la désobéissance, punit l'infraction et permet l'emploi des moyens matériels et de coercition. Le mode d'exécution habituel et normal des actes de puissance publique est donc la sanction pénale, confiée à la juridiction répressive, sauf bien entendu le cas où le législateur en aurait autrement ordonné.

« Cette règle se trouve insuffisante ou inopérante dans deux cas. — C'est d'abord le cas d'extrême urgence, entendu dans le sens du péril imminent pour la sécurité, la salubrité, le bon ordre : l'administration est alors investie du droit de prendre des mesures provisoires et de pourvoir d'office à ce qui est nécessaire. — C'est ensuite le cas où, en présence d'une obligation formelle imposée par la loi, il n'y a pas de sanction pénale, parce que : d'une part, aucune loi spéciale n'a prévu la pénalité, parce que : d'autre part, l'article 471-15° ne se trouve pas applicable. La jurisprudence de la Cour de cassation n'admet pas que l'article 471-15° puisse être étendu à des actes administratifs qui ne sont ni des

règlements ni des arrêtés rendus en matière de police municipale (1).

« Il y a deux systèmes possibles.

« On peut soutenir que, la loi étant incomplète, il n'appartient à personne d'y suppléer (2) ; que s'il y a une obligation dépourvue de sanction, c'est la faute du législateur, qu'il faut une loi nouvelle, et que, tant que la loi nouvelle ne sera pas faite, la loi ancienne ne sera pas exécutée. Pour éviter les abus, la part d'arbitraire que comporte l'exécution forcée par la voie administrative, on fera fléchir les intérêts publics devant la garantie des libertés et des droits privés : l'exécution sera judiciaire ou ne sera pas. »

« Dans un second système, au contraire, on part de cette idée qu'il n'est pas admissible que la loi ne soit pas exécutée et que la puissance publique ne soit pas obéie ; qu'une erreur de rédaction, une omission, une lacune de la part du législateur ne peut frapper de stérilité ses prescriptions ; que, dans les rapports de la puissance publique avec les citoyens, l'obligation et la coercition sont indissolublement liées, que l'obéissance à l'ordre légalement donné par l'autorité compétente, doit, si elle n'est pas obtenue volon-

1. Cass., 11 janvier 1879. S. 79. I. 140.

2. En ce sens, le conseiller Tanon. S. 86. I. 493.

tairement, être réalisée par la contrainte. Ici ce sont les intérêts privés, les droits individuels qui fléchissent devant la nécessité de faire exécuter la loi. »

« En France, pays d'administration et de centralisation, pays du principe de la séparation des pouvoirs, il n'est pas étonnant que ce soit le second qui ait prévalu ; les arrêts du tribunal des conflits sur l'expulsion des congrégations en 1880 et 1881 en sont la consécration la plus éclatante. »

M. Romieu met cependant quatre conditions à ce « pis-aller ». Il faut :

1° « Que l'opération administrative, pour laquelle l'exécution est nécessaire, ait sa source dans un texte de loi bien précis, puisque l'exécution administrative ne se conçoit que par la nécessité de contraindre les citoyens à obéir à la loi » ;

2° « Qu'il y ait lieu à exécution forcée » ;

3° « Qu'il n'y ait pas de sanction pénale » ;

4° « Que les mesures d'exécution forcée tendent uniquement, dans leur objet immédiat, à la réalisation de l'opération prescrite par la loi. »

M. Hauriou, en note du recueil de Sirey, approuve pleinement : « Sur le pouvoir général qui appartient à l'administration française, de par notre organisation de puissance publique, d'assurer l'exécution des lois par des mesures de police, M. le commissaire du Gouvernement a dit exactement tout ce qui pouvait être dit ». « En France, on n'admet pas que

la loi ne s'exécute pas, et d'ailleurs, au point de vue de l'exécution de la loi, l'administration a le pas sur la justice. »

Là-dessus, M. Hauriou exige seulement « que la mesure d'exécution employée constitue en soi un moyen administratif habituel », estime sur ce point que le « scellé administratif n'est pas une voie de fait, parce qu'il est une voie d'exécution administrative régulière », par conséquent que le gouvernement n'a péché ni par « manque de droit ou de pouvoir légal », ni « par manque de procédure » (1). Il désire simplement une procédure de référé administratif et une jurisprudence plus large sur l'article 471-15°.

Malgré l'autorité de MM. Romieu et Hauriou, nous n'hésitons pas à nous rebeller contre leur avis. M. Laferrière n'avait-il pas écrit d'avance : « On ne pourrait citer aucun texte permettant à l'administration de se rendre juge des cas où le principe de la séparation des pouvoirs devrait fléchir devant la nécessité d'assurer l'exécution de certaines dispositions légales ou réglementaires ? » (2).

Exécuter la loi, c'est d'abord, au cas où elle a besoin de quelque précision, détailler ses prescriptions ou fixer des points secondaires qu'elle avait négligés, et c'est ensuite obtenir des particuliers le résultat cher-

1. Cf. Hauriou. *Précis*, p. 238, 5^e édit.

2. Laferrière. *Jur. adm.*, II, p. 42 et I, p. 53.

ché par la loi. Est-ce dire qu'à cet effet, l'autorité puisse employer tous les moyens? Nullement. Elle devra n'user que des procédés mis par la loi à sa disposition, et encore ne devra-t-elle le faire que pour les cas prévus par la loi. Il ne suffit pas que la loi ait donné à l'exécutif le droit, d'une façon générale, de prendre telle ou telle mesure, d'opérer de telle et telle manière; il faut de plus qu'elle ait indiqué les circonstances où l'on pourra y recourir.

C'est justement l'effet d'une sanction pénale que de rendre possible l'application d'une peine ou l'emploi d'une procédure spéciale pour un cas nouveau, celui où les citoyens refuseraient d'obéir à la loi qui vient d'être élaborée. La sanction manque-t-elle : on sort de la légalité en frappant les récalcitrants de cette peine ou en se servant contre eux de cette procédure. La sanction n'est autre qu'une petite loi additionnelle qui permet à l'exécutif d'employer telle ou telle arme contre ceux qui ne se conformeront pas à la loi principale. Si le législateur n'a pas disposé sur ce point, l'autorité agit sans droit, sans autorisation de la loi.

C'est cette thèse que devait soutenir un éminent professeur, M. Berthélemy (1). Il attaque à juste titre les conclusions de M. Romieu.

1. Berthélemy. « Exercice de la souveraineté par l'autorité adm. » *Revue de droit public*, 1904.

D'abord « il est inexact, malgré l'affirmation contraire de M. Romieu, que ce principe (de l'exécution par la voie forcée quand il n'y a pas de sanction pénale) ait jamais reçu une consécration jurisprudentielle. Le gouvernement en 1880, a bien eu recours au procédé de l'apposition des scellés pour fermer des chapelles et des couvents, mais on peut constater, en se reportant aux décisions du tribunal des conflits de 1887 qu'elles résolvent seulement la question de compétence pour apprécier la mesure prise et qu'elles n'affirment nullement sa légalité ».

Ensuite M. Berthélemy refuse toute valeur aux restrictions de M. le commissaire du Gouvernement.

A la condition qu'il faut un texte précis, il répond spirituellement : « Il n'y aura pas de texte qui ne soit suffisamment précis aux yeux de l'administration pour justifier une exécution arbitraire. »

A la condition « qu'il y ait lieu à exécution forcée », M. Berthélemy objecte que : « C'est une barrière non pas seulement fragile, mais véritablement fictive et simplement apparente. » En effet, qui jugera de cette nécessité ? Le gouvernement. Mais on lui reconnaît un pouvoir discrétionnaire ! Et puis où est le critérium ?

De la condition « qu'il n'y ait pas de sanction pénale », M. Berthélemy fait peu de cas : « Le scrupule de ceux qui pensent différemment sur ce point, dit-il, a tout lieu de nous surprendre. »

Quant à la dernière condition « que les mesures de coercition prises par l'administration aient pour objet immédiat la réalisation de l'opération prescrite par la loi », M. Berthélemy fait remarquer que M. Romieu » proscrit l'arbitraire quant au résultat cherché ; et l'excuse à défaut de sanction précise, quant au moyen d'atteindre le but ».

Enfin, M. Berthélemy se récrie : « Cette souveraineté peut tout contre chacun de nous parce qu'elle ne serait plus une souveraineté si elle n'était illimitée. Mais il est au moins nécessaire qu'elle s'exerce suivant des formes arrêtées à l'avance... La souveraineté des gouvernants est en pratique tempérée par le régime de la légalité. Nous entendons par là que, seule, la loi règne, que « l'Etat » ne veut que par la loi, disons mieux, l'Etat ne veut pas, il ne peut vouloir, parce qu'il n'est pas une personne. Le législateur seul veut et peut vouloir librement et commander arbitrairement. »

« L'acteur à qui le programme n'assigne aucun rôle ne doit pas paraître sur la scène. « L'administrateur qui ne peut pas me montrer le texte où il puise l'autorité dont il se dit armé ne peut rien exiger de moi. Son pouvoir est vain, car sa fonction n'existe que par le texte. Nous n'avons d'ordre à recevoir que de la loi : tout ce qui est extra-légal n'est qu'arbitraire et despotisme ! »

On ne peut qu'applaudir à ces saines vérités. Où il n'y a point de loi, l'exécutif perd ses droits.

Et s'il agit cependant, y a-t-il un recours ? « Au cas, dit M. Laferrière (1) où l'administrateur sortirait, non seulement de ses propres attributions, mais des attributions même de l'autorité administrative, le principe de la séparation des pouvoirs ne s'opposerait pas à ce que la partie lésée réclamât l'assistance des tribunaux. » (2). Selon nous, elle serait tout à fait en droit de le faire, dans l'hypothèse qui nous occupe

Pour le préfet s'est posée la même question que pour le président de la République au sujet d'une *lex minus quam perfecta*.

Voici les circonstances telles que les a rapportées M. Berthélemy (3) : « Une loi du 10 juillet 1894 prescrit l'adoption par les propriétaires parisiens, pour l'évacuation des matières usées, du système du « tout à l'égout ». Un délai de trois années est imparti aux propriétaires des vieilles maisons pour se conformer à l'ordre du législateur. La loi omet seulement de dire quelle pénalité frappera les récalcitrants. Elle n'investit aucune autorité administrative du

1. Laferrière. *Traité de la jur. adm.*, I, p. 530.

2. Trib. Conf. trois arrêts du 25 mars 1889. D. 90. 3. 65. Arrêt 15 février 1890. D. 91. 3. 31.

3. Berthélemy, *loc. cit.*

pouvoir de recourir, pour procurer son exécution, à la force publique.

« Un règlement du préfet de la Seine, en date du 8 août 1894 a édicté, comme mesures d'exécution de la loi, toute une série d'obligations spéciales à la charge des propriétaires. On a attaqué cette disposition par le recours pour excès de pouvoir. Dans un arrêt du 1^{er} mai 1896, le Conseil d'Etat a prononcé l'annulation. Après quelques tâtonnements, le préfet de la Seine édicta un second arrêté réglementaire en date du 24 décembre 1897.

Les propriétaires parisiens ne se sont soumis ni à la loi de 1894, ni à l'arrêté préfectoral de 1897. Des procès-verbaux ont été dressés ; des condamnations ont été prononcées par le juge de police pour violation d'un « règlement légalement fait » par l'autorité administrative. Maintenues par le juge d'appel, ces décisions ont été déclarées illégales par la Cour suprême et frappées de Cassation.

« C'est l'effet du célèbre arrêt Knittel, en date du 31 décembre 1903 (1). Pourquoi ? Parce que l'autorité administrative est impuissante à donner à la loi une portée qu'elle n'a pas et une sanction dont elle manque. Qu'en va-t-il résulter ? La loi ne sera-t-elle pas obéie ? Oui, la justice doit rester impassible et l'administration doit s'avouer impuissante. » Telles

1. S. 1905. I. 425.

sont les conclusions de M. Berthélemy. On ne peut pas mieux dire, et nous les adoptons dans toute leur sévérité.

Nous venons de voir que l'autorité de police ne doit jamais empiéter sur le domaine du législateur. Elle ne doit pas davantage usurper sur celui du juge. C'est là surtout, qu'il importe de bien distinguer la police administrative de la police judiciaire. Mais un texte est venu singulièrement compliquer les choses : c'est l'article 10 du Code d'instruction criminelle ainsi conçu : « Les préfets des départements et le préfet de police à Paris pourront faire personnellement ou requérir les officiers de police judiciaire, chacun en ce qui les concerne, de faire tous actes nécessaires à l'effet de constater les crimes, délits et contraventions et d'en livrer les auteurs aux tribunaux chargés de les punir. »

Les préfets ne sont point officiers de police judiciaire, ils ne sont en conséquence placés à ce titre, ni sous l'autorité des cours d'appel, ni sous la surveillance du procureur général ; mais ils sont investis, accidentellement et dans un intérêt de haute police des mêmes droits que ces officiers (1).

Selon Faustin-Hélie (2) et Morin (3), les préfets

1. Faustin-Hélie. *Prat. crim.*, t. I, n° 56 et *Inst. crim.*, t. III, n° 1202.

2. F.-Hélie, t. III, n° 1207.

3. Morin. V° Préfets, n° 3.

n'ont point d'autres droits que ceux des officiers de police auxiliaires du ministère public. Cela résulterait : 1^o des discussions du Conseil d'Etat ou l'article 10 fut élaboré (1) ; 2^o du texte même de l'article 10, qui, après avoir énuméré les droits des préfets, ajoute qu'ils seront exercés conformément à l'article 8 ; 3^o des motifs mêmes qui ont fait établir cette disposition extraordinaire.

Dans cette première opinion ce n'est qu'au cas de flagrant délit que les préfets peuvent procéder à des actes d'information ou décerner des mandats d'amener. Leurs pouvoirs sont ceux des officiers auxiliaires ; ils ne peuvent faire que les mêmes actes et dans les mêmes circonstances. Hors le cas de flagrant délit, ils ne peuvent que donner avis au ministère public et lui fournir les renseignements qu'ils possèdent (2).

Une autre conséquence de la doctrine ci-dessus exprimée, c'est que les préfets ne pourraient, même au cas de flagrant délit, procéder à une visite au domicile d'un tiers, et par exemple, à une perquisition et à une saisie de lettres dans les bureaux de la poste. Les pouvoirs de la police judiciaire, dit-on,

1. Locré, t. XXIV, p. 556 et t. XXV, p. 102 et 238.

2. F. Hélie, t. III, n^o 1210. — Duverger, *Juges d'instr.*, t. I, n^o 84. — Chauveau et Hélie, *Théorie du C. p.*, t. II, n^o 431. — Béranger, *De la just. crim.* p. 305. — Garraud, *Droit pén. franç.*, t. IV, p. 364, 2^e éd.

dans ce système, ne donnent en effet, même au ministère public, que le droit de se transporter au domicile du prévenu (art. 36); le juge d'instruction peut seul opérer des perquisitions dans les autres lieux (art. 88).

Les préfets excèdent donc les limites légales de leurs attributions, quand ils ordonnent une perquisition dans les bureaux de police. Et c'est en effet ce qu'avait jugé un arrêt de la Chambre criminelle du 23 juillet 1853 (1). Mais, sur un second pourvoi, dans la même affaire, les Chambres réunies se sont prononcées en sens contraire par arrêt du 21 novembre 1853 (2).

La doctrine établie par l'arrêt des Chambres réunies de 1853 est adoptée par la plupart des auteurs et la jurisprudence. « Il faut reconnaître, dit M. Garraud, que le texte de l'article 10, dépasse la pensée du législateur, car ce texte ne fait aucune distinction. Les pouvoirs des préfets ne trouvent de limite ni dans la nature des actes à faire, ni dans la nature des actes à instruire (3) ».

Ainsi, selon cette opinion extensive, ils comprendraient à la fois ceux du procureur de la République

1. F.-Hélie, t. III, n° 1214.

2. S. 53. I. 775. Duverger, I. 84. — Vivien, *Etudes adm.* II, 271. — Laborde, n° 821. — Garraud, III, 323.

3. Garraud, *Précis*, p. 595, texte et note 1.

et ceux du juge d'instruction et les préfets pourraient décerner non seulement des mandats d'amener et des mandats de dépôt, mais encore des mandats d'arrêt (1), et procéder à des saisies (2) tant au domicile du prévenu que chez les tiers (3) ou dans les bureaux de poste (4), même hors du cas de flagrant délit. Nous protestons contre cette interprétation et nous rallions à la première doctrine. Si sage et opportune que soit actuellement l'action des préfets sur ce terrain, elle ne laisse pas d'être trop aisément sujette aux abus. L'article 10 met les droits essentiels de l'individu à la discrétion de l'autorité gouvernementale ; c'est une arme dangereuse et l'histoire le démontre : malgré des promesses solennelles et répétées, tous les gouvernements qui se sont succédé se sont arrogé le droit de suspendre la garantie primordiale de la sûreté personnelle pour telle ou telle catégorie de citoyens ; ainsi a-t-on agi en 1810, en 1820, en 1848, en 1852 et en 1858. Sous prétexte de sûreté générale, on a fait accuser, détenir et juger arbitrairement de prétendus suspects. Voilà l'usage qu'on a fait de l'inquiétante faculté renfermée dans l'article 10. Est-elle nécessaire pour

1. *Sic.* Laborde, p. 553.

2. Cass., 12 mai 1887.

3. Cass., 19 janvier 1866. S. 66.1.87.

4. Cass., 16 août 1862. S. 63.1.221. — Berriat Saint-Prix. *Pol. jud.*, n° 190.

la défense des pouvoirs établis ? Non, car le gouvernement, par l'intermédiaire des procureurs, est maître de l'action publique. L'autorité administrative agit-elle plus rapidement ? Non, si l'agent d'exécution procède en vue d'un mandat régulier du préfet. Oui, s'il procède sans mandat, sauf à obtenir *a posteriori* la régularisation des mesures prises. Mais alors, c'est le régime de l'arbitraire absolu et la subordination des libertés de chacun au bon vouloir et au flair d'un agent.

L'article 10 est pour la police un passe-partout ; « le jour où l'article 10 serait rayé de nos Codes, a dit un haut fonctionnaire de la préfecture de police, la préfecture de police n'aurait plus qu'à déménager ». Qu'importe, si le déménagement doit être profitable à la liberté individuelle ?

Maints projets ont été déposés, tendant soit à supprimer complètement l'article 10 ; soit à ne le maintenir que pour Paris et le département de la Seine. Nous ne pouvons que les approuver, au nom de la liberté individuelle. Mais il faut reconnaître que le problème est difficile à résoudre, à cause de la complexité même des choses de la police et de l'extrême célérité qu'elles requièrent souvent.

Ainsi donc, l'administration n'a pas le droit de maintenir un citoyen en prison sans jugement (1).

1. Cass., 3 août 1874. Haas contre Valentin.

Même elle ne peut procéder à l'arrestation qu'en cas de flagrant délit ou sur des présomptions très sérieuses de culpabilité.

Néanmoins on conçoit la facilité d'un excès de pouvoir. Contre les détentions arbitraires, les Anglais ont la procédure de l'*habeas corpus*, résultant d'un Act de 1676. « L'individu appréhendé est conduit aussitôt que possible devant un juge. Ce juge, suivant les cas, procède aussitôt à l'information ou bien la renvoie à un autre moment ou devant un ou plusieurs juges compétents, en ordonnant, soit l'incarcération, soit l'élargissement immédiat sous caution ou simplement la remise en liberté de l'inculpé avec engagement de se représenter (recognizance).

Pendant l'inculpé ne peut pas être remis en liberté dans les cas de haute trahison, d'incendie, d'homicide et le juge peut refuser le bénéfice de l'*habeas corpus* aux personnes malfamées, d'un caractère suspect (*of bad character*) comme celles qui écoutent aux portes la nuit, et aux voleurs de profession (*notorious shieves*) (1).

« Nous avons notre *habeas corpus*. Un Anglais lisant notre Constitution de 1791 : « Nul homme ne peut être saisi que pour être conduit devant le magistrat », et notre Code pénal (art. 114 et 115) qui punit sévèrement l'arrestation arbitraire, s'écria : « Oh !

1. Mack. *De l'habeas corpus*, 1884.

cela est admirable ! » Mais il ajouta tout de suite :
« Dites-moi seulement comment vous accordez ce principe avec la pratique de votre politique où vous manifestez si peu de respect pour l'adversaire ? » (1).

« Quel recours le citoyen lésé a-t-il contre les fonctionnaires qui l'ont arrêté indûment. En Angleterre, il s'adresse aux tribunaux de droit commun — il n'y en a pas d'autres — sans que le fonctionnaire incriminé puisse invoquer pour se couvrir aucun ordre de ses chefs. En France, pays démocratique et égalitaire, nous avons des tribunaux d'exception pour les fonctionnaires : c'est ce qui résulte de la jurisprudence du tribunal des conflits ! » (2)

Nous avons ainsi envisagé les cas d'usurpation de pouvoirs : dans ces hypothèses, l'autorité s'exerce sur un domaine qui n'est pas le sien. Nous allons maintenant supposer que la police se renferme bien dans le champ d'activité qui lui est réservé. Il lui faut encore, pour respecter la loi, n'user que des pouvoirs qui lui sont conférés et ne le faire que dans le but qui lui est assigné. Or, trois éventualités, avons-nous dit, peuvent se présenter :

La première est celle où la loi a prévu le cas dont s'occupe la police et fixé ses pouvoirs. Dès lors, il ne saurait y avoir de difficulté sur leur étendue.

1. *Revue pénit.*, 1903, p. 945.

2. *Revue pénit.*, *loc. cit.*

La seconde est celle où la loi a bien prévu l'action de la police, mais sans délimiter ses pouvoirs.

La troisième est celle où la loi n'a pas statué. Ces deux dernières doivent nous retenir quelque peu.

Prenons d'abord l'hypothèse où la loi a prévu l'action de l'autorité sans délimiter exactement ses pouvoirs. C'est ce qui se produit toutes les fois que le président de la République fait un règlement ou un décret, soit pour « surveiller et assurer l'exécution des lois » comme le veut l'article 3 de la loi constitutionnelle des 25-28 février 1875, soit pour compléter une loi, sur l'invitation spéciale du législateur : en ce dernier cas, il élabore un règlement dit d'administration publique (ce que les Allemands appellent « *Ergänzungsverordnung* ». Dans le régime de légalité, le règlement doit être subordonné à la loi. Or la jurisprudence et nombre d'auteurs à sa suite (1) établissent une séparation féconde en conséquences entre le règlement d'administration publique et le règlement simple. Selon cette doctrine, quand il rendrait un règlement ordinaire, le chef de

1. Laferrière. *Jur. adm.*, II, p. 11.

Batbie. *Traité de droit pub. et adm.*, III, p. 69.

Aucoc. *Conférences*, 3^e édit., I, p. 224, n^o 54.

Ducrocq. *Cours de droit adm.*, 7^e édit., I, p. 85 n^o 67.

Dejamme. *Revue gén. d'adm.*, nov. 1892, p. 261 et s.

Dalloz. *Lois adm. annotées*. V^o Lois constit., I, p. 36, n^o 321, cite les nombreux arrêts en ce sens.

l'Etat ne serait que le simple exécuter des lois ; au contraire, quand il rendrait un règlement d'administration publique, il deviendrait un législateur secondaire.

Par suite, dans le premier cas, il devrait rester dans les bornes de la loi pour être à l'abri du recours pour excès de pouvoir, tandis que dans le second, il aurait des pouvoirs semblables à ceux du législateur et échapperait, comme lui, à tout recours direct. Pour soutenir que le chef de l'Etat devient un législateur secondaire, on prétend que le législateur en invitant le président de la République à compléter son œuvre, lui délègue ses pouvoirs et lui confère même le droit d'édicter des peines, d'imposer des taxes et de créer des juridictions. La formule de la jurisprudence entraîne les conséquences suivantes :

1° Un recours en annulation ne peut pas être dirigé contre un règlement de ce genre, parce qu'il participe de la forme de la loi (1) ;

2° Un pareil règlement ne peut être taxé d'illégalité que s'il contient des dispositions de nature législative excédant visiblement les limites de la délégation (2) ;

3° L'autorité judiciaire est compétente pour l'interpréter (3).

1. C. E., 20 déc. 1872. Fesneau.

2. C. E., 13 mars 1872. Brac de la Perrière. Confl., 11 janv. 1873. Coignet. — Cf. Laferrière, 2^e édit., t. II. p. 9.

3. Cass., 22 août 1902. Fouque.

MM. Esmein (1), Berthélemy (2) et Jèze (3) rejettent cette idée de la délégation : « Le pouvoir législatif ne peut pas être délégué, même partiellement. » — « On peut bien transmettre un droit, on ne peut transmettre une fonction. »

Nous ne voyons pas la raison de cette différence entre les règlements : « Si l'autorité réglementaire dont il est fait usage dans les règlements d'administration publique est identiquement la même dont le président dispose en vertu de la constitution, au détail près des formes à observer, il ne paraît pas possible de soutenir que les règlements d'administration publique sont une législation secondaire » dit M. Berthélemy. En effet, l'article 3 de la constitution est le seul texte à invoquer : or il ne distingue pas. « Jamais les lois n'ont donné au chef du pouvoir exécutif le droit de prendre des mesures qui entrent exclusivement dans la compétence du législateur », ajoute-t-il.

Donc, aucune raison d'établir une distinction. Il ya d'ailleurs dans la jurisprudence actuelle une contradiction flagrante que M. Berthélemy relève dans les termes suivants : Celle-ci admet :

1° Que les règlements d'administration publique

1 et 2. *Revue politique et parlementaire*, 1894 et 1898, janvier et février.

3. Jèze. *Sur la véritable notion de loi*, p. 28 et 29.

étant, quant à leur autorité, de véritables lois, ne peuvent pas être attaqués pour incompétence et excès de pouvoir ;

2° Que les règlements ordinaires n'étant que des règlements, peuvent être tenus pour nuls par les tribunaux, juges compétents de leur légalité.

« Il me semble bien peu juridique d'invoquer le caractère législatif des règlements pour les affranchir d'un pourvoi direct aux fins d'annulation (ce qui est le plus) et de négliger ce caractère quand il s'agit d'une application particulière (ce qui est le moins). Les conséquences pratiques de cette contradiction sont singulières et inacceptables. » (1).

M. Dejamme, pour esquiver l'objection a prétendu que le règlement d'administration n'existe pas, puisqu'il est irrégulier. Les réponses abondent ; la principale est celle-ci : qu'un acte irrégulier continue à être un acte administratif. M. Laferrière dit à ce sujet : « En règle générale les vices dont l'acte de puissance publique peut être entaché ne lui enlèvent pas son caractère administratif, de même

1. *Revue pol. et parl.*, janvier et février 1898. — Toutefois, le Conseil d'Etat semble tendre à se reconnaître le pouvoir de vérifier, à l'occasion d'une affaire déterminée, si vraiment le prétendu règlement d'administration publique est bien régulier en la forme (C. E., 6 janvier 1888. Lebon, p. 2) et même au fond (C. E., 18 et 25 janvier 1897 ; 16 nov. 1897. Lebon, p. 869, 890). (Conclusions de M. Romieu, 30 nov. 1907.)

que l'illégalité ou le vice de forme qui peut entacher la décision d'un tribunal, l'ordonnance ou le mandat du juge d'instruction ne leur enlève pas leur caractère judiciaire. Ces vices affectent la validité de l'acte, non sa nature. Ils le rendent irrégulier, illégal, annulable ; ils ne le rendent pas inexistant en tant qu'acte de puissance publique ; par suite, ils n'effacent pas à son égard l'interdiction des lois de 1790 et de l'an III. Le tribunal des conflits s'est prononcé en ce sens : « L'illégalité reprochée à un acte administratif ne le dépouille pas de ce caractère pour le faire dégénérer en un fait particulier. » (Confl., 24 novembre 1877.)

Une autre explication a été proposée par M. Hauriou (1) : « C'est que la théorie des recours contentieux et celle de l'illégalité sont profondément différentes : la première est une théorie formelle, la recevabilité du recours à raison de l'acte dépendant de la forme de l'acte ; la deuxième est une théorie matérielle ; ces règlements, au point de vue matériel, redeviennent distincts de la loi et ils peuvent être illégaux s'ils ont statué sur des matières réservées à la loi. »

Si la recevabilité des recours contentieux dépend de la forme de l'acte (2), il est évident que le règle-

1. Hauriou. *Précis*, 4^e édit., p. 45.

2. En ce sens : Thèse Raiga. *Du Pou. régl. du Prés. de la Rép.*, 1900.

ment d'administration publique est susceptible de recours : n'est-il pas un acte du Président de la République ?

« Il n'est pas beaucoup plus exact d'affirmer que l'exception d'illégalité est une théorie purement matérielle ; la doctrine française ne permet pas d'opposer à l'application des lois l'exception d'inconstitutionnalité, qui est, à l'égard des lois, l'équivalent de l'exception d'illégalité opposée aux règlements ; pourquoi cette différence, sinon parce que la forme parlementaire ou présidentielle de l'acte exerce sur ce point une influence notable ? » (1).

M. Duguit présente les objections sous une autre forme : « La théorie du recours contentieux et la théorie de l'illégalité sont l'une et l'autre à la fois matérielles et formelles ; matérielles, parce que le juge du recours, tout aussi bien que le juge de l'illégalité, est compétent pour apprécier si l'auteur d'un acte est resté dans les limites de sa compétence, et par conséquent pour apprécier la légalité de l'acte ; formelles, parce que l'exception d'illégalité, tout aussi bien que le recours, peut être déclarée irrecevable en cause de la nature formelle de l'acte contre lequel on le soulève. »

La doctrine de la délégation tant dans son principe

1. Moreau, *op. cit.*,

que dans ses conséquences, ne saurait donc être soutenue avec chance de succès.

Aussi plusieurs auteurs pensent-ils que la mission du chef de l'Etat reste toujours la même, qu'il accomplisse son œuvre spontanément ou sur l'invitation du législateur (1).

Mais ce premier point admis, ils se divisent sur la question de savoir quel rôle joue le chef de l'Etat en face du législateur.

Pour les uns la loi et le règlement ont une nature identique et le chef de l'Etat ne saurait être considéré comme simple exécuteur des lois.

« Selon la remarque de Jellinek (2), dit M. Moreau (3), il y a impossibilité psychologique et juridique à la subordination d'une volonté à une autre de façon si absolue que la première ne fasse qu'exécuter les ordres de la seconde. La prétendue destination entre la volonté et l'action est une illusion, et partout la volonté et l'action se trouvent réunies. »

1. Esmein. *Dr. constit.*, 3^e éd. p. 515. — Berthélemy. *Revue pol. et parl.*, 1898. t. XV, p. 1 et s., p. 322 et s. — *Traité*, 3 éd., p. 102 et s. — G. Jèze. « Le règlement d'adm. pub. » *Revue gén. d'adm.*, 1902, II, p. 22 et s. *Principes dominants*, p. 31, 111 et s. — Cahen. *La loi et le règlement*, p. 299 et s. — Juillé. *Le domaine du règl. présid.*, p. 130 et s.

2. Jellinek. *Gesetz und Verordnung*, p. 369 et 380.

3. Moreau. *Le règlement administratif*, 1902, p. 172 et suiv. En ce sens Cammeo : *Della manifestazione della volontà dello stato nello campo del diritto amministrativo*, III, ch. I, § 71.

M. Moreau ajoute au sujet du chef d'Etat : « Il gouverne, il dirige à certains points de vue les affaires du pays, il applique des idées qui lui appartiennent, il crée des institutions et des services publics, les organise et les réorganise, il fixe leurs rapports avec les citoyens. Pour tout cela, il n'est pas le servile exécuteur des lois ; il agit personnellement, et le rôle de la loi consiste uniquement à poser des bornes et des conditions à son activité ; elle ne lui prescrit rien, il n'y a pas à l'exécuter, il n'y a qu'à la respecter. »

Si donc une différence existe entre la loi et le règlement, à quoi peut-elle tenir ? « La différence essentielle qui les sépare, répond M. Moreau (1), se rattache à la hiérarchie établie d'abord entre l'Etat, qui seul fait des lois, et les autres personnes administratives, qui, lui étant subordonnées, ne font que des règlements, ensuite entre les agents de l'Etat, duquel un seul, le Parlement, est qualifié pour l'exercice du pouvoir législatif. »

Pour M. Moreau, si le règlement d'administration publique peut être attaqué par un recours en annulation, c'est tout simplement parce qu'il émane d'une autorité qui est soumise au contrôle du Conseil

1. Moreau, *op. cit.*, p. 60 et 208. En ce sens : Duguit, *L'Etat*, p. 509. — Planiol, *Traité él. de droit civ.*, I. 57, n° 141. — Cahen, *Le Gouvernement législatif*, p. 263.

d'Etat. Si la loi n'y est pas soumise, c'est uniquement parce que le Parlement élu par la nation, n'est exposé à aucun contrôle autre que celui des lecteurs et de l'opinion (1). C'est aussi la doctrine exposée incidemment par M. Duguit (2). « Si un recours est possible contre les décisions réglementaires, il n'en résulte point qu'elles ne soient pas des lois au sens matériel... Les deux choses sont absolument distinctes : le caractère législatif dépend de la nature de l'acte, c'est-à-dire d'un élément purement formel. »

Telle est la théorie formelle du recours. Nous ne croyons pas non plus qu'elle repose sur des fondements solides et nous observerons avec M. Mestre (3) : « Si l'on reste au point de vue formel et qu'on se demande pourquoi le législateur est supérieur hiérarchiquement à l'administration, il faut bien dire que c'est uniquement en ce que le législateur élabore des actes supérieurs à ceux de l'administration, ce qui, évidemment, constitue un cercle vicieux ; et d'ailleurs sous le régime parlementaire, il y a division du travail et collaboration entre le Parlement et le président de la République, et par suite il ne saurait être question d'une subordination du président. »

1. Moreau, p. 292 et s.

2. Duguit, p. 508 et 509.

3. Mestre. *Revue de droit public*, 1904, p. 623.

Il faut donc renoncer à cette raison, aller au fond des choses et se demander si, par leur nature intrinsèque, le règlement et la loi sont bien identiques (1) ? Nous ne le croyons pas.

M. Hauriou (2) définit le règlement : « Une règle générale et territoriale pour l'organisation disciplinaire de ce qui est public et pour le maintien de l'ordre public » ; et la loi : « Le statut de l'institution nationale, dégagé dans une pensée de garantie des libertés individuelles. »

« C'est là, dit M. Mestre, une théorie matérielle qui, loin d'être abstraite, comme le croit M. Moreau (p. 45), fonde la distinction de la loi et du règlement sur une opposition fondamentale de leurs natures. » La loi se présente en effet comme un acte de réflexion, le règlement comme un acte spontané, la loi résultant d'une lente élaboration, d'une longue discussion dans les Chambres, le règlement surgissant tout armé dans l'esprit du chef de l'Etat.

« La loi, reprend M. Mestre, nous apparaît comme une représentation rationnelle des choses, tendant à assurer l'exercice légal des libertés, dans un esprit de justice. » — « Le règlement est plus impulsif, plus

1. Voir les définitions allemandes et françaises de la loi et du règlement dans la thèse de M^{me} Balachowsky. — Petit. *La loi et l'ordonnance dans les pays qui ne connaissent pas la séparation des pouvoirs*, 1901, 1^{re} partie.

2. Hauriou. *Précis*, p. 298, édit. 1907.

spontané : il ne tend pas, par nature, à la justice, à la liberté, mais au maintien et à l'organisation de l'ordre public existant. »

« C'est donc essentiellement par leur but que diffèrent la loi et le règlement ; la matière sur laquelle porte leur action est la même, à savoir l'activité des individus libres. Ce *condominium* du législateur et de l'autorité de police a si vivement frappé les meilleurs esprits, qu'ils n'ont pas aperçu la différence d'orientation dans les agissements des deux organes et qu'ils ont été ainsi conduits à établir une analogie complète entre deux œuvres cependant distinctes (1). Citons par exemple M. Duguit (2) en ce sens : « Quelle que soit la définition qu'on donne de la loi, les dispositions des règlements de police sont des lois matérielles. Si, comme nous, on dit que toutes les dispositions de l'autorité publique édictée par voie générale et abstraite est une loi, il est évident que ces règlements de police sont une loi. Si avec M. Hauriou (3) on dit : « Est ou doit être matière de loi, toute condition nouvelle imposée à l'exercice d'une liberté et toute organisation importante pour la garantie d'une liberté » nous trouvons à un degré éminent dans les règlements de police les

1. En ce sens Jellinek. *Gesetz und Verordnung*, p. 238.

2. Duguit. *Dr. const.*, 1907, p. 195 et s.

3. Hauriou. *Précis*, p. 21.

éléments de cette définition. Est-ce que les décrets de 1899 et 1901 sur la circulation des autos ne contiennent pas des conditions imposées à l'exercice d'une liberté, la liberté de circuler sur les voies publiques et même la liberté de l'industrie ? Est-ce que la disposition de l'article 11 par exemple du décret du 10 mars 1899 portant : « Nul ne pourra conduire une automobile s'il n'est porteur d'un certificat de capacité délivré par le préfet » n'impose pas une condition nouvelle à l'exercice d'une liberté ? « Enfin, si l'on dit avec MM. Laband et Jellinek, que, pour qu'il y ait loi matérielle, il faut une disposition qui s'adresse aux particuliers, qui sorte de l'apparat étatique, qui modifie en l'étendant ou en la restreignant la sphère d'activité juridique des particuliers, on trouve dans les règlements de police au premier chef des dispositions de ce genre. »

« Ces règlements ont précisément pour but de restreindre la sphère d'activité juridique des particuliers. Certainement, comme on l'a déjà dit, si de pareilles dispositions avaient été inscrites dans une loi formelle, il ne serait venu à l'idée de personne de dire qu'elles n'avaient pas le caractère matériel de loi. C'est toujours le point de vue formel qui influe sur le point de vue matériel : on se trouve en présence de dispositions qui sont édictées par un organe qui, habituellement, ne fait pas la loi ; on s'ingénie alors, contre l'évidence à démontrer qu'el-

les n'ont pas le caractère des lois matérielles. M. Rosin a bien montré ce caractère de lois matérielles appartenant aux règlements de police. Il écrit très justement : « L'ordonnance de police a le caractère matériel de la loi et le caractère formel d'une ordonnance... Le contenu des ordonnances de police est constitué par des prescriptions de droit par lesquelles dans l'intérêt de la police, les sujets sont astreints à des actes ou à une abstention sous une sanction pénale. Une loi de police, faite par le Parlement, a exactement le même contenu. » (1).

Il nous semble que ces savants auteurs commettent une confusion ; ils prennent la limitation de la liberté individuelle pour un but, alors qu'elle n'est certes qu'un moyen. D'autre part, ils n'ont pas analysé suffisamment l'ultime raison des deux fonctions de la police et du législateur. Or, nous l'avons indiqué : le législateur tend vers la justice et l'utilité commune, tandis que la police a des vues plus étroites et se contente d'écarter le trouble imminent et de faire régner l'opinion que tout suit son cours normal dans la société. Ainsi le règlement diffère de la loi, non seulement pour l'organe dont il émane, mais par le but dans lequel il est conçu.

Il est aussi une autre différence essentielle entre le législateur et l'autorité de police. Seul, le législateur

1. Rosin. *Verordnungsrecht*, 2^e édit., 1895, p. 55.

est investi de la souveraineté, seul, il a reçu de la nation le droit illimité d'agir pour le bien de tous. Seul donc, il peut restreindre la liberté des individus ; si quelque autorité le fait, elle doit y être autorisée par le législateur. Avec beaucoup de raison, M. Cruet insiste sur ce point : « Admettre que le règlement est par sa nature identique à la loi, qu'il peut être, comme elle, limitatif de la liberté individuelle, c'est confier au pouvoir exécutif, parallèlement à l'autorité parlementaire, l'exercice de la souveraineté. Les règlements de police ne doivent pas être considérés comme la manifestation d'un pouvoir autonome de législation, reconnu à l'autorité gouvernementale ; ils constituent simplement un mode d'exercice de la fonction de police, dont l'Administration est naturellement et légalement investie. Ce n'est pas parce qu'elle possède le droit de statuer sur les situations nouvelles dont la loi ne s'est pas emparée, que l'autorité réglementaire peut limiter l'activité privée dans un intérêt de police, c'est parce qu'elle possède des pouvoirs de police et dans la mesure où elle les possède, qu'il lui est permis d'édicter, à titre exceptionnel, des règles de droit. » (1).

D'importantes conséquences dérivent de ces considérations :

1° La première est la subordination du règlement

1. Cruet. *Etude jurid. de l'arbitraire gouvernemental et administratif*, 1906, p. 23.

à la loi. Puisque le législateur a une mission plus élevée, puisqu'il va au fond des choses, il doit logiquement avoir des pouvoirs supérieurs à ceux de la police, qui se contente des apparences. Puisque, seul, il est souverain, la police ne doit agir que si la loi l'y a autorisé ;

2° Quand la loi est muette, c'est la finalité même de la police qui indiquera ses pouvoirs. Dès que son but sera atteint, elle devra s'abstenir. Or elle a pour but d'écarter les troubles imminents de l'ordre public. Ceux-ci varient dans leur nature, dans leur importance, dans leur durée. La police doit s'inspirer de ces trois facteurs dans ses dispositions. Suivant que le trouble va se produire ou s'est déjà produit, la police prendra des mesures préventives ou repressives (1). Suivant que le trouble pourra porter ou portera une atteinte plus ou moins grave à la liberté générale, la police se contentera tantôt de surveiller, tantôt de conditionner les manifestations d'une certaine activité, ou bien elle les soumettra à l'autorisation, ou enfin elle procédera par voie de défense ou d'injonction. Suivant aussi que le trouble se prolongera plus ou moins, le règlement ou l'arrêté ne devra valoir que pour un temps plus ou moins long. Or les troubles peuvent être permanents périodiques, intermittents ou acciden-

1. Cf. art. 97, n^{os} 2 et 6. L. 5 avril 1884.

tels. Dans les trois premiers cas, l'autorité fera un règlement, dit permanent, puisqu'il y aura souvent lieu de l'appliquer. Dans le dernier cas, elle fera un règlement temporaire, dont la durée devra être proportionnée à celle du trouble.

Deux points sont à retenir à propos des troubles accidentels :

1^o Ce sont eux qui, bien souvent, présentent le plus de gravité ;

2^o Ils sont occasionnés la plupart du temps par la nécessité ou la force majeure.

Plusieurs conséquences s'en suivent :

a) Puisque ces troubles sont graves, la police pourra édicter des mesures très sévères et restreindre sérieusement la liberté du public par des défenses ou des injonctions ; b) puisqu'elle se trouve en face de la nécessité ou de la force majeure, la police devra régler son action sur celle de la force majeure et y proportionner la rapidité, l'importance et la durée de ses mesures.

On s'explique par là que le maire ait une compétence plus large par règlement temporaire que par règlement permanent ; par exemple, qu'il puisse prendre des précautions contre des épidémies (1) ; que son arrêté s'exécute immédiatement (2) ; qu'il

1. C. E., 5 mai 1893.

2 Article 95. Loi du 5 avril 1884.

puisse porter des atteintes bien plus profondes à la liberté ; par exemple, interdire la circulation d'un chemin de fer sur routes un jour de fête nationale (1).

Nous sommes amené à décider qu'un règlement sur la sortie des cortèges et processions doit être temporaire (2), puisque le trouble qu'ils occasionnent ne saurait durer longtemps et que la police doit modeler son action sur celle du trouble même.

En toute circonstance, la préoccupation de la police devra toujours être de permettre à la plupart des libertés, sagement entendues, de s'exercer pour l'utilité commune ; elle empêchera seulement les déperditions de force sociale. Elle ne restreindra les libertés que dans la stricte mesure nécessaire à leur propre harmonie et au bien général. Surtout, elle devra rester dans son domaine légal. Comme les droits qui lui sont conférés entraînent toujours une restriction de la liberté, ils doivent être entendus de la façon la plus étroite. A plus forte raison en est-il ainsi pour les droits exceptionnels comme le droit d'interdiction.

Aussi, l'interdiction étant la suppression même de la liberté, ne devra-t-elle figurer parmi les pouvoirs de la police que si la loi le porte expressément.

1. C. E., 27 janvier 1893. Maire de Mustapha.

2. V. note S. 99. 3. 91.

Il a été jugé, par exemple, que « s'il appartient au maire de prescrire aux propriétaires de chasse de n'employer pour garder les faisans que des moyens de nature à ne pas compromettre la sécurité publique, et à ne pas causer d'accidents, *le maire ne peut*, sans porter atteinte au droit de propriété, *prohiber* l'emploi de tout instrument quelconque et spécifier que les garde-faisans devront se placer à 50 mètres au moins des propriétés riveraines ». De même sous prétexte de veiller à la salubrité publique, « *le maire ne peut*, sans porter atteinte au droit de propriété, *interdire* aux particuliers de recevoir chez eux aucune personne affectée de tuberculose ou de toute autre maladie contagieuse » (1).

Sans doute, il est nécessaire, pour que l'autorité de police ait le droit d'interdiction qu'une loi le lui confère expressément. Mais elle le conserve tant que cette loi n'est pas abrogée, qu'il y ait ou non un organe spécial chargé d'apprécier les cas où l'usage en est opportun. Ainsi les lois du 30 juillet 1850 et 31 juillet 1851 et les décrets du 30 décembre 1852 et 6 juillet 1853 ont institué ou remanié le contrôle des œuvres dramatiques. Une loi du 24 juin 1872 a ouvert un crédit pour le traitement des censeurs. Le système consistait à soumettre à l'autorisation toute nouvelle œuvre dramatique qui devait être repré-

1. C. E., 4 février 1888 et 18 mars 1898. S. 99. 3. 1.

sentée : les censeurs avaient le droit ou de l'accorder purement et simplement, ou de la subordonner à certaines corrections, ou de la refuser. Or ce crédit ne figure plus dans les derniers budgets : il en résulte que la censure est supprimée. Il n'y a donc plus besoin d'autorisation pour faire jouer une pièce : une simple déclaration suffit ; mais il n'empêche que les lois et décrets précités restent en vigueur et que le Préfet dans les départements et le Préfet de police à Paris, d'office ou sur l'invitation du ministre des Beaux-Arts, puissent interdire une œuvre dangereuse pour la morale publique ou pour la politique intérieure ou extérieure. Il est en effet conforme à la destination de la police de prévenir ou de faire cesser tout trouble qui se produirait au théâtre, puisque c'est un lieu public, et elle peut user du droit d'interdiction qui est maintenu.

Nous arrivons maintenant à une conséquence très importante de ce principe, que la police ne doit apporter à la liberté que le minimum de restrictions pour atteindre son but. C'est celle-ci : la police a le droit de prescrire la fin, mais non un moyen particulier (1). En effet, en présence des libertés consacrées par les lois, les droits de la police se bornent en principe à la faculté d'imposer aux particuliers

1. Cf. Jouarre. *Des pouvoirs de l'autorité municipale en matière de salubrité publique*. Paris, 1899, p. 54.

l'obligation d'assurer par eux-mêmes, par des abstentions ou par des actes, dont ils conservent le libre choix et la responsabilité, le maintien de l'ordre, la suppression du trouble. L'objet de la police étant réalisé, peu lui doit importer par quelle voie il l'est (1).

C'est ainsi qu'a été cassée l'ordonnance du Préfet de Police de Paris qui prescrivait, pour l'enlèvement des ordures ménagères, des boîtes ayant telles dimensions, telle forme, tel poids, etc. (2) (affaire des poubelles). La même décision interviendrait à l'égard d'un arrêté préfectoral qui, en matière de police du roulage, imposerait aux automobiles, en vue d'atténuer leur bruit, le système du « silencieux effectif. »

Un arrêt du Conseil d'Etat en date du 1^{er} mai 1896 (3) déclare valable une ordonnance du Préfet de la Seine dans les dispositions ordonnant pour les lieux d'aisances une chasse d'eau, prohibant le jet des corps durs dans les fosses ; — illégale et nulle pour celles qui fixent le nombre des cabinets par maison, exigent l'eau de la Ville et un appareil déterminé.

1. En ce sens, M. Mestre, *op. cit.*, Cf. L. 15 fév. 1902, art. 4 et 7.

2. C. E. 28 mars 1885. Langueillier. Cass. 29 juillet 1898. Ribeyrolles. S. 1900, I, 157.

3. Lebon, 1896, p. 351.

Cependant, il ne faut pas pousser les choses à l'extrême et refuser à l'autorité tout droit d'édicter quelque prescription concernant les moyens.

En effet, si la fin qu'elle poursuit ne peut être réalisée effectivement que par un nombre limité de moyens, le règlement ou le décret peut exiger certaines conditions pour assurer leur efficacité. C'est pourquoi il a été décidé qu'un décret du 21 septembre 1903, rendu par le Président de la République en vertu de la loi du 3 mars 1822, relative à la police sanitaire, n'était pas entaché d'excès de pouvoirs, bien qu'il prescrivit l'emploi exclusif, pour la destruction des rats à bord des navires, de procédés ou appareils approuvés par le Comité consultatif d'hygiène publique de France, parce que « le décret n'a pas spécifié le procédé ou l'appareil dont les armateurs devraient se servir, et leur a laissé au contraire la faculté d'employer à leur choix l'un ou l'autre de ceux dont l'efficacité aura été reconnue par le Comité » (1).

Nous avons ainsi marqué la limite des pouvoirs de la police pour les circonstances prévues par la loi. Il nous reste à indiquer jusqu'où peuvent aller ses pouvoirs quand la loi n'a pas prévu le cas. Le principe est toujours le même, à savoir que le but même de la police indique la mesure qu'elle doit

1. Arrêt du 22 déc. 1905. *Comité central des armateurs de Fr.* Lebon, p. 985.

observer, et que, pour l'atteindre, elle doit se borner aux prescriptions indispensables.

Et d'abord, l'autorité de police a-t-elle le droit de réglementer un point qui n'a pas été touché par le législateur ? Bien des auteurs refusent ce pouvoir au Chef de l'Etat (1).

M. Moreau (2) dit au contraire « qu'il le fait, qu'il l'a toujours fait, que personne ne met en doute la légitimité de son action ». En effet, on trouve bien des exemples de règlements spontanés :

Le décret du 2 octobre 1888 sur la résidence des étrangers en France (aux visas de ce décret sont mentionnés le Code civil, articles 3 et 13, la loi sur la police des 19-21 juillet 1791 et la loi sur la naturalisation du 3 décembre 1849, toutes lois qui n'avaient rien à faire et qui ne donnaient certainement pas compétence au Gouvernement pour réglementer la résidence des étrangers en France) ;

Le décret du 26 janvier 1896 sur la vente des sérums ;

Le décret du 13 novembre 1896 sur la surveillance des vagabonds ;

Les grands décrets des 10 mars 1899 et 10 septem-

1. Esmein. *Cours de Droit const.*, 2^e édit., p. 341 et 471. — Berthélemy. *Droit Adm.*, édit. 1900, p. 89. — Ducrocq. *C. de Droit adm.*, 7^e édit., t. I, n 65 et suiv.

2. Moreau, *op. cit.*, p. 165.

bre 1901 sur la construction et la circulation des automobiles ;

Le décret du 8 octobre 1901 sur la police et l'usage des voies de navigation intérieure.

Les décrets sur les automobiles ne contiennent aucun visa ; celui sur la navigation vise seulement un avis du conseil général des ponts et chaussées.

On ne peut donc pas dire que ces décrets sont destinés à assurer l'exécution d'une loi.

Nous sommes d'avis que l'autorité de police a le droit de réglementer une matière non légiférée. Cependant, nous ne dirons pas, comme M. Moreau, que c'est parce qu'elle a « un pouvoir autonome » ; ce serait lui reconnaître la souveraineté ; or seul le législateur en est investi.

Mais, nous donnerons comme raison de ce pouvoir la nécessité même pour la police de remplir son rôle. Elle doit écarter les troubles imminents de l'ordre public. Il faut bien qu'elle puisse édicter des prescriptions, même à l'égard de ceux qui n'ont pas été prévus par le législateur. En effet, nous avons insisté sur ce point que la matière est en partie la même pour l'autorité de police et pour le législateur. Mais l'orientation de leur activité diffère sensiblement et c'est pourquoi nous dirons que, dans les cas où le législateur n'a pas statué du tout, la limite des pouvoirs de la police sera constituée par la rigoureuse conformité des mesures au but même de l'ins-

titution, et dans les cas où le législateur a traité une matière voisine, il sera censé avoir laissé toute liberté aux particuliers pour les points non visés, et, l'autorité de police n'aura que le minimum de pouvoirs à leur égard. Nous répéterons donc ici qu'elle n'aura le droit d'interdiction qu'en vertu d'un texte formel et qu'elle ne pourra pas imposer un moyen particulier pour atteindre sa fin.

Donnons maintenant quelques exemples. Nous tirerons le premier de l'histoire de 1848. On sait que la Chambre de 1847, où le parti ministériel était fortifié par la défaite de l'opposition aux élections de 1846, avait rejeté les propositions de MM. Duvergier de Hauranne et de Rémusat relatives à la réforme électorale et parlementaire. L'opposition, vaincue à la Chambre, fit appel à l'opinion publique et provoqua une agitation légale en organisant dans beaucoup de villes « des banquets réformistes ». La résistance du pouvoir accrut les exigences. Lamartine à Mâcon, Ledru-Rollin à Lille, réclamèrent le suffrage universel. Cette effervescence politique aboutit à l'organisation d'un banquet important dans le XII^e arrondissement de Paris. « Les promoteurs formèrent un comité où ils appelèrent plusieurs députés radicaux, Marie, Crémieux, Garnier-Pagès, Boissel et un républicain du comité central, Pagnerre. Puis, ayant fixé le jour de leur banquet au 19 janvier, ils en donnèrent avis au commissaire de police. Le gouverne-

ment était résolu à ne plus user envers les banquets d'une tolérance que beaucoup de conservateurs lui avaient reprochée.

« Le préfet de police répondit donc, le 14 janvier, par un refus d'autorisation et annonça qu'il s'opposerait à la réunion. Le comité, tout en retardant l'exécution de son projet, répliqua que le « préfet avait confondu une déclaration pure et simple du lieu et du jour du banquet, avec la demande d'une autorisation qu'on n'avait ni à solliciter ni à refuser », et il déclara regarder la sommation de M. le préfet comme un acte de pur arbitraire et de nul effet. Interrogé, le 18 janvier, à la Chambre des pairs par M. d'Alton-Shée, M. Duchâtel, ministre de l'Intérieur, dit que le préfet avait agi par ses ordres ; il ajouta que, conformément à de nombreux précédents, il se tenait pour investi par les lois générales de police, et notamment par la loi de 1790, du droit d'interdire les banquets et autres réunions publiques, quand il croyait l'ordre menacé. » (1).

Nous ne partageons pas cet avis. La loi des 16-24 août 1790 ne prévoit pas les réunions, pas plus que la loi du 10 avril 1834 sur les associations. Au cours de la discussion de cette dernière loi, on affirme l'existence de la liberté de réunion comme application des principes de 1789, notamment comme con-

1. Thureau-Dangin. *Histoire de la monarchie de Juillet*, 7^e vol.

séquence de la constitution des 3-14 septembre 1791, qui garantit « la liberté des citoyens de s'assembler paisiblement et sans armes, en satisfaisant aux lois de police » ; on prétend que les atteintes portées à la constitution par les décrets des 6 fructidor an III, 7 vendémiaire an IV, 7 thermidor an V et par l'arrêté du 24 ventôse an VI, n'ont eu qu'un caractère particulier et temporaire, qu'elles n'ont pas emporté l'abrogation de la règle. Cette argumentation n'est pas contredite par le gouvernement : il y répond seulement que la restriction contenue dans le texte de 1791 par cette expression : « en satisfaisant aux lois de police » lui donnait le droit de s'opposer en fait à toute réunion publique. Nous protestons contre cette interprétation. Toute restriction à la liberté doit être entendue de façon étroite. Aucun texte ne visait la liberté de réunion : la police n'avait donc pas le pouvoir d'y mettre entrave ; elle ne pouvait interdire les banquets, ni en droit, ni en fait. Elle ne pouvait que prendre des mesures à l'effet d'éviter qu'ils dégénèrent en manifestation hostile à l'ordre constitutionnel établi.

Nous donnerons une solution analogue à la question de savoir si l'autorité peut défendre les courses de taureaux en France. Un arrêt du Conseil d'Etat (1)

1. C. E., 3 déc. 1897. Ville de Dax. S. 1898.3.45. Note de M. Hauriou. Cf. aussi S. 1898.2. p. 147.

porte que « le préfet, qui, en prenant un arrêté pour interdire dans toute l'étendue du département les courses de taureaux avec mise à mort des animaux ou toutes autres prohibées par la loi du 2 juillet 1850, a agi dans le but d'assurer la sûreté et la tranquillité publique, n'a fait qu'user du droit qui lui est conféré par l'article 99 de la loi du 5 avril 1884 ». Nous nous inscrirons une fois de plus avec M. Hauriou contre l'interprétation large donnée aux lois qui investissent la police de certains pouvoirs. Il y a des textes spéciaux pour un grand nombre de polices spéciales, telles que celles des théâtres, des cafés et cabarets, des jeux, des bals publics, des courses de chevaux. Il n'y en a pas pour d'autres réjouissances publiques. Le législateur doit être censé les avoir autorisées. Que la police prenne toutes les mesures nécessaires à la sauvegarde du public, qu'elle impose telles ou telles précautions, même excessives, en vue de prévenir le danger, elle restera dans son droit. Mais l'interdiction n'est pas un de ses pouvoirs normaux. Il faudrait une loi pour le lui conférer.

Nous arrivons maintenant aux mesures de sûreté générale et de haute police qui ont été longtemps regardées comme actes de gouvernement, c'est-à-dire comme échappant à tout recours contentieux. M. Laferrière (1) cite les actes par lesquels on pro-

1. Laferrière. *Jur. adm.*, 2^e éd., t. II, p. 34 et s.

clame l'état de siège, les actes contre les membres des dynasties déchues, les mesures de police sanitaire, des mesures exceptionnelles prises pour éviter la disette. Aujourd'hui, on tend à reconnaître en doctrine (1) et en jurisprudence que ce sont de simples actes discrétionnaires. Donnons des exemples.

L'exécutif peut-il, dans un intérêt de prévoyance, en cas de danger, de disette ou de renchérissement des subsistances, interdire la consommation de certaines denrées ?

Le Conseil d'Etat l'a admis, à propos d'un décret du 26 octobre 1854 défendant jusqu'à nouvel ordre la distillation des céréales et de toute autre substance farineuse servant à l'alimentation (2).

La jurisprudence dans son dernier état, ne reconnaît pas le caractère d'actes de gouvernement aux mesures de police individuelles qui pourraient être prises contre tels ou tels, notamment contre les membres des dynasties déchues : Conseil d'Etat, 19 février 1875 (prince Napoléon) ; — 20 mai 1887 (prince d'Orléans et prince Murat), tribunal des conflits, 25 mars 1889. Dufeuille.

La jurisprudence décide de même pour les mesures générales de haute police.

1. Thèse Lecourtois, Poitiers. *Théorie des actes de gouvernement*. — MM. Jacquelin et Larnaude. Cours de 1904-1905. — M. Berthélemy. *Traité de droit adm.*, 1902, p. 107.

2. C. E. Cohen, 26 février 1857. Lebon, p. 167.

A propos d'affiches électorales lacérées par ordre d'un sous-préfet (1) et d'un affichage de manifestes séditieux interdit par le préfet (2) le tribunal des conflits a décidé d'une part, qu'il s'agissait d'un « acte administratif » d'autre part, d'un « simple délit » auxquels le caractère gouvernemental était inapplicable.

La jurisprudence de la Cour de cassation est conforme (3).

La solution est la même au cas où la sûreté extérieure est en jeu. M. Laferrière en fait une exception (4). Cette réserve ne peut être fondée sur aucune idée juridique, comme l'observe M. Michoud.

Le tribunal de la Seine (aff. Peyramont) n'a pas refusé de connaître de la saisie d'affiches annonçant le journal *La Revanche*. (Jugement du 14 oct. 1886.) En 1904, il a jugé que le préfet de police avait commis une faute personnelle, dont il devait réparation, en ordonnant dans un but de courtoisie internationale, la lacération d'affiches qui avaient été apposées dans Paris et représentaient le président Kruger offrant un verre de liqueur à la reine Victoria.

1. Conflits, 15 février 1890. Vincent.

2. C. E., 2 avril 1886. Fontenaud. Lebon, p. 295.

3. Cass., 10 janvier 1885. Cunéo. S. 1886, 1. 89. — 10 décembre 1879. S. 80. 2. 265. — Montpellier, 12 janvier 1883. S. 83. 1. 173.

4. Laferrière. *Jur. adm.*, 2^e éd., II, p. 45.

Les mesures de police sanitaire que peut prendre le président de la République en vertu des lois du 3 mars 1722, du 21 juin 1898 et du 15 février 1902, ainsi que la déclaration de l'état de siège fictif sont également des actes discrétionnaires. Mais, si elles étaient entachées de détournement de pouvoir, si, par exemple, le président de la République, en interdisant une frontière à certains objets, avait en vue, non la protection de la santé publique, mais la ruine d'une industrie ou la constitution d'un monopole au profit d'un particulier, nous estimons qu'il y aurait lieu à recours pour excès de pouvoirs (1).

En ce qui concerne toutes ces mesures de sûreté générale et de haute police, nous dirons, comme M. Berthélemy : « De deux choses l'une : ou bien ces mesures sont conformes à la loi et alors nous ne voyons pas qu'il y ait à faire de différence entre elles et les actes d'administration, par lesquels on procure l'exécution des lois ; ou bien elles ne sont pas conformes à la loi ; alors, nous ne voyons nulle part un principe qui autorise le chef de l'Etat à les prendre, et, si elles sont prises, nous ne voyons aucune règle qui puisse les soustraire au recours en annulation. » (2).

« On invoque souvent la raison d'Etat. Il n'y a

1. En ce sens. M. Michoud. « Actes de gouv. » *Annales de l'Enseignement supérieur de Grenoble*, 1889, 1^o p.

2. Berthélemy. *Traité*, éd. 1902, p. 107.

pas de raison d'Etat dans un pays libre. Il est étrange qu'à une époque si fière de sa civilisation, on parle encore de cette chose barbare, la raison d'Etat. » (1).

L'autorité n'aura le droit d'agir que si la loi l'y autorise. Sans doute, elle usera là d'un pouvoir discrétionnaire, mais discrétionnaire ne veut pas dire arbitraire. Ce mot implique une certaine latitude d'appréciation quant à l'opportunité des mesures ; mais encore faut-il que cette latitude soit reconnue par la loi et qu'un contrôle soit organisé. C'est bien ce qu'admet la jurisprudence depuis 1872. Souvent, elle accueille les demandes relatives aux prétendus actes de gouvernement, même approuvés par les Chambres, et ne respecte ces actes que s'ils rentrent dans la sphère légale.

Ainsi, en 1872, on avait rayé de l'annuaire militaire le prince Jérôme-Napoléon qui y figurait jusqu'à cette date en tête de l'état-major. Le prince formula une réclamation au ministère, et, sur le refus d'y faire droit, il se pourvut au Conseil d'Etat. Celui-ci débouta le prince, mais ce fut par des motifs tirés du fond du droit, notamment parce que le prince tenait son grade de mesures exceptionnelles permises par la constitution de 1852, mais dont l'effet ne pouvait survivre à cette constitution (2).

1. Duguit. *L'Etat*, I. p. 521, 522.

2. C. E., 19 février 1875, S. 75. 2. 95.

Vers la même époque un sieur Chéron, gérant du journal *La France républicaine* ayant attaqué pour excès de pouvoirs l'arrêté par lequel le gouverneur commandant l'état de siège dans le département du Rhône, avait supprimé le journal, le pourvoi fut rejeté, le 5 juin 1874, mais par le motif que l'arrêté attaqué avait été pris dans l'exercice de la limite des pouvoirs que l'article 9 de la loi du 9 août 1849 attribue au commandant de l'état de siège. Un arrêt semblable intervint, le 24 décembre 1875, pour une affaire analogue dans les Vosges.

De même, en 1887, le Conseil d'Etat annula la décision, cependant confirmée par deux ordres du jour de confiance, l'un au Sénat, l'autre à la Chambre, qui rayait des cadres de l'armée le prince Murat, parce qu'il y avait fausse application de la loi du 22 juin 1886 expulsant de France les prétendants et leurs héritiers directs (1).

Enfin, le comte de Paris avait adressé à tous les maires de France une lettre politique et son portrait ; l'un et l'autre furent saisis dans les ateliers de l'imprimeur par le préfet de police. Sur la demande en restitution des exemplaires saisis, le préfet de la Seine éleva le déclinatoire d'incompétence qui fut rejeté, le 25 mars 1889, par trois arrêts identiques, parce que la demande des intéressés « n'ayant d'au-

1. C. E., 20 mai 1887. S. 89.3.19.

tre objet que la revendication d'objets mobiliers » était de la compétence des tribunaux judiciaires. Les trois arrêts portent le considérant que voici : « Si le gouvernement a le devoir d'assurer la sécurité de l'Etat et de réprimer toute entreprise tentée contre la République par les membres de familles ayant régné en France, il n'est investi à cet égard que des pouvoirs que lui donne la loi. »

On ne saurait mieux formuler le principe de la légalité ; il doit être respecté pour les actes administratifs les plus graves comme pour les plus insignifiants, et d'autant plus rigoureusement que la liberté des individus est plus menacée. S'il est violé, si l'autorité empiète sur un domaine qui lui est fermé, si elle s'arroe un droit qu'elle n'a pas ou si elle emploie son pouvoir dans un but illégal, elle s'expose, sous un bon régime protecteur, à un recours juridictionnel, quels que soient l'agent, l'acte ou le motif incriminés.

Jusqu'à présent, notre étude sur les bornes du pouvoir de la police nous a fait passer en revue bien des cas d'usurpation de pouvoirs. Sous cette désignation, nous comprenions tous les empiètements de l'autorité de police sur le juge ou sur le législateur ; qu'ils se produisent sur leur domaine et leurs attributions ou sur leurs pouvoirs respectifs.

En principe, ils devraient, sans distinction, entraîner l'inexistence de l'acte et toute juridiction devait

pouvoir la constater. Mais la pratique n'est pas aussi rigoureuse.

C'est ce qu'expose M. Laferrière avec beaucoup de netteté (1) : « Il y a des cas où les limites de la compétence administrative, soit à l'égard de l'autorité judiciaire et des droits privés, soit même à l'égard du pouvoir législatif, sont assez difficiles à tracer pour qu'on ne puisse pas assimiler à une manifeste usurpation de pouvoirs toute erreur de l'administration et déclarer son acte inexistant. Ainsi, la plupart des recours pour excès de pouvoirs dirigés contre les règlements de police municipale soulèvent la question de savoir si le maire s'est renfermé dans l'exercice de son pouvoir réglementaire ou s'il a empiété sur le pouvoir législatif en imposant aux citoyens des obligations qui ne pouvaient être créées que par le législateur... Des règlements d'eau arrêtés par des préfets peuvent être critiqués comme empiétant sur les attributions des tribunaux judiciaires, en tranchant des contestations privées entre usiniers ou riverains relativement à l'usage des eaux. Dans ces cas et autres analogues, on n'est point en présence d'actes inexistants dont toute juridiction pourrait constater la nullité, mais d'actes annulables qui subsistent s'ils ne sont pas annulés pour excès de pouvoirs. La distinction peut quelquefois être

1. Laferrière. *Jur. adm.*, t. II, p. 499.

délicate entre l'usurpation inconstitutionnelle, qui frappe l'acte d'une nullité radicale absolue, et la simple incompétence qui motive et nécessite une annulation pour excès de pouvoirs. »

C'est bien pourquoi nous ne pouvons déclarer inexistants tous les actes entachés d'usurpation, que nous avons déjà relevés ; c'est aussi pourquoi, dans un second chapitre, nous mentionnerons bien des atteintes aux droits individuels qui, en théorie, constituent des usurpations sur le législateur, mais qui, en fait, méritent d'être assimilés à de simples excès de pouvoirs. Nous n'avons pas non plus voulu les séparer du reste pour donner une idée quelque peu globale de tous les dépassements de pouvoirs que peuvent commettre en matière de police les différentes autorités.

CHAPITRE II

Excès de pouvoirs

Non seulement l'autorité de police ne doit ni s'aventurer sur le domaine du juge ou du législateur ni, dans le cercle de ses propres attributions, s'arroger leurs pouvoirs étendus, mais encore elle doit observer d'autres conditions mises par la loi à son activité.

Les limites des fonctions publiques sont déterminées par la loi à divers autres points de vue :

1^o Elle énumère les affaires rentrant dans les attributions de l'agent, pour qu'il n'empiète pas sur celles d'un autre agent de l'exécutif (compétence *ratione materiæ*) ;

2^o Elle fixe la portion de territoire sur laquelle peut s'exercer légitimement la compétence (compétence *ratione loci*) ;

3^o Elle indique les cas dans lesquels la compétence

est exercée par un agent seul ou en collaboration avec d'autres (compétence unipersonnelle ou collégiale) ;

4° Elle impose des conditions de temps, de lieu, de formes ;

5° Elle énumère les cas dans lesquels l'agent est « obligé » de faire certains actes de sa compétence et ceux dans lesquels il a un « pouvoir d'appréciation » plus ou moins discrétionnaire ;

6° Elle fixe le but vers lequel doit être orienté l'exercice de la compétence.

Toute violation de ces limites est un excès de pouvoir. Et, comme toutes ces limitations de la compétence sont inspirées par l'idée de garantie donnée aux administrés, notre droit français établit, comme sanction sous-entendue, n'ayant pas besoin d'être expressément édictée, la nullité de l'acte pour cause d'excès de pouvoir (1).

Nous allons étudier l'effet de chacune de ces conditions sur l'action des différentes autorités, investies du pouvoir de police.

1. Cf. Année adm., 1904, p. 180.

SECTION I

Incompétence « ratione materiæ »

§ 1. — *Président de la République*

Il est communément admis que le président de la République a un pouvoir réglementaire général pour la France entière. On ne saurait donc lui reprocher d'empiéter sur une autre autorité. Nous avons vu au contraire qu'il est sujet aux usurpations de pouvoirs : ce point a été examiné et il n'y a pas lieu d'y revenir ici.

§ 2. — *Ministres*

Quelques lois et ordonnances reconnaissent aux ministres un certain pouvoir réglementaire en matière de police : Ordonnance du 15 novembre 1846 sur la police des chemins de fer, lois du 15 juillet 1878, article 2, et du 7 juillet 1881, article 26, du 15 juin 1898, article 66, 69, 82.

Si le ministre excédait ses pouvoirs, il pourrait y avoir lieu à recours en annulation de la part des intéressés (1). Le refus du ministre d'exercer son

1. Recours contre une décision du min. de l'Int., subordonnant l'élevage des abeilles dans Paris à une autorisation préalable (13 mars 1885), Vignet.

pouvoir réglementaire n'est pas susceptible de recours (1).

§ 3. — *Préfets*

La loi des 22 décembre 1789-81 janvier 1790 a donné au préfet un pouvoir de police assez étendu ; des lois particulières sont venues élargir son domaine d'action. Nous étudions ici les limites de ce domaine :

Le préfet ne peut, par une mesure de police :

1° Contredire les traités internationaux.

2° Il ne peut contredire une loi constitutionnelle, empiéter sur les droits du pouvoir constituant :

3° Il ne peut contredire, interpréter, suppléer un décret ni un arrêté ministériel ;

4° Il ne peut empiéter sur les attributions du maire ;

5° Il ne peut empiéter sur les droits du Conseil général ;

6° Il est incompétent pour résoudre, sous prétexte de règlement, une question qui appartient aux tribunaux ;

7° Surtout, il doit respecter le domaine du législateur. Sur ce point important donnons quelques indications.

Le Préfet commet un excès de pouvoir :

1. C. d'Et., 24 déc. 1897. Lebon, 1897, p. 839.

Quand il porte atteinte aux libertés légales, ainsi à la liberté du travail (1), à la liberté de la propriété foncière (2), par exemple, s'il supprime des droits acquis (3), s'il ordonne l'élargissement ou le redressement d'un cours d'eau sous prétexte de curage (4).

Quand il fait ce qu'il appartient à la loi seule de faire ; par exemple, s'il restreint le droit de chasse tel qu'il est déterminé par la loi ; soit quant aux terrains (5), soit quant aux animaux (6), soit quant aux engins (7), sous prétexte de sûreté ; s'il ajoute aux exigences légales sur les permis, s'il limite le droit de destruction des animaux malfaisants (8) ou le colportage des mêmes animaux tués (9), s'il pro-

1. Pour la profession de peseur-mesureur : Crim. rej., 15 oct. 1840. S. 41. 1. 553. — Brocanteur : Crim. rej., 16 juillet 1870. S. 71. 1. 258 ; 22 fév. 1895. S. 95. 1. 431. — Afficheur : Crim. rej., 10 janv. 1885. S. 85. 1. 89. — C. d'Et., 2 avril 1886. Lebon, 295. — Pêcheur : Dijon, 17 nov. 1869. S. 72. 2. 147, etc.

2. Crim. rej., 27 janv. 1866. S. 66. 1. 307. — Crim. rej., 9 juillet 1851. S. 52. 1. 15. — C. d'Et., 8 août 1865. *Recueil*, p. 756.

3. C. d'Et., 6 juin 1879. *Recueil*, p. 463.

4. Confl., 13 mai 1876. *Recueil*, p. 452. — C. d'Et., 1^{er} déc. 1859. S. 60. 2. 395. — 11 mars 1873. *Recueil*, p. 249.

5. Crim. rej., 18 juillet 1845. S. 45. 1. 857. — Rennes, 23 juin 1897. S. 98. 2. 208.

6. Toulouse, 23 mai 1888. S. 89. 2. 214. — Cass., 12 mai et 1^{er} juillet 1842. S. 42. 1. 736.

7. Crim. Cass., 16 mars 1872. S. 72. 1. 43.

8. Crim. Cass., 2 déc. 1880. S. 82. 1. 387.

9. Riom, 19 mai 1858. S. 58. 2. 429.

hibe le colportage et la vente du gibier en temps de neige (1).

§ 4. — *Maires*

Le droit de police conféré aux maires, par la loi du 5 avril 1884 principalement est d'une remarquable étendue. Il n'y a pas de monarque qui ait un pouvoir aussi large que le maire sur toutes choses. Il est vraiment dans sa commune un législateur au petit pied. « Un arrêté de police, dit Faustin-Hélie (2), lorsqu'il est légalement pris dans le cercle du pouvoir réglementaire, est une véritable loi locale. » Il importe dès lors beaucoup que l'arrêté soit légalement pris. Quelles sont donc les limites imposées au maire ? Il ne peut aller à l'encontre ni des décrets présidentiels, ni des arrêtés préfectoraux, même individuels, ni des délibérations du Conseil municipal. Mais surtout, il doit respecter la loi.

Il ne peut contredire une loi même ancienne, ajouter aux dispositions de la loi, en étendre ou en restreindre la portée, régler une matière déjà réglée par elle, fixer une peine ou une compétence contentieuse, créer des taxes, empiéter sur les compétences légalement établies, soit en matière administrative

1. Le Puy, 23 janv. 1893. S. 94. 2. 217

2. Faustin-Hélie. *Th. du droit. pén.*, VII, p. 2802.

ainsi pour la démolition d'immeubles menaçant ruine (1), la chasse, les établissements dangereux ou insalubres, la police des chemins de fer, la grande voirie, le roulement sur les routes nationales ou départementales, ou les chemins vicinaux. Enfin, il ne peut restreindre la liberté individuelle. Voyons les atteintes qu'il est le plus tenté d'y porter.

Liberté d'aller et venir

Est illégal un arrêté qui tendrait à supprimer l'usage public des plages, à le monopoliser au profit de l'Etat, d'une commune ou d'un concessionnaire et à imposer au public l'obligation de payer une redevance pour accéder à la mer (2).

Liberté du travail, de l'industrie et du commerce, consacrée par les lois du 4 août 1789, article 10 et des 2-17 mars 1791.

Est illégal tout arrêté :

Qui applique à des marchands patentés ayant boutique en ville des dispositions imposant certaines obligations aux forains (3) ; Qui défend aux colpor-

1. Le maire commettrait un excès de pouvoir, par exemple, en ordonnant la démolition d'office d'une maison menaçant ruine lorsqu'il n'y a pas péril imminent : en effet, en ce cas elle ne peut être ordonnée que par le Conseil de préfecture. Cf. C. E., 19 mars 1904. Maudière. — 12 nov. 1881. Pezet.

2. C. E., 19 mai 1858, Vernhes. — 30 avril 1883. Ville de Boulogne.

3. Cass., 19 avril 1831. S. 34. 1. 535 ; 29 mars 1856. D. 56. 1. 232.

teurs d'étaler ou de vendre leur marchandises hors des temps de foire (1) ; Qui prescrit le dépôt dans une resserre publique des denrées non vendues au marché du jour pour être remises en vente au marché du lendemain, et interdit à toute personne de les recevoir en dépôt ou en magasin (2) ; Qui porte atteinte à la liberté du commerce de boulangerie (3) ou de la trempe des haricots (4) ; Qui subordonne à l'autorisation, l'installation ou le maintien, dans la commune d'un établissement non classé (5) ; qui régleme la vente à la criée, l'interdisant notamment dans les locaux privés (6) ; Qui règle la vente du poisson en vue de favoriser certaines catégories de vendeurs ou d'assurer le paiement de droits au concessionnaire de la halle (7) ; Qui constituerait un monopole en faveur d'un entrepreneur de vidanges (8) ou d'un établissement de bains (9).

Liberté de l'enseignement

Est illégal tout arrêté qui ordonnerait la fermeture

-
1. Cass., 22 déc. 1838. S. 39. 1. 894.
 2. C. d'Et., 25 janv. 1866. Lebon, p. 39.
 3. C. d'Et., 31 juillet 1903. Lefort et autres.
 4. C. d'Et., 20 février 1903. Padron et autres.
 5. C. E., 6 juillet 1906. Lebon, p. 601.
 6. C. d'Et., 9 avril 1886. Argellier — 30 juill. 1880. Martin.
 7. C. E., 3 déc. 1885. Clairouan 15 fév. 1895. Tostain.
 8. Crim. cass., 18 janv. 1838. — Vignes et Riveney contre Min. pub. — Cass., 12 fév. 1881. D. 81. 1. 185.
 9. Cr. rej., 18 sept. 1828. Min. pub. contre Caboche.

d'une école sous prétexte de salubrité publique (1).

Liberté de la presse

Est illégal l'arrêté qui prohibe ou soumet à des règles particulières l'apposition des affiches et placards (2), ou impose aux administrés un afficheur officiel pour placer des affiches sur les édifices communaux (3).

Liberté de conscience

Est illégal tout arrêté qui ordonne de tendre ou décorer les maisons sur le passage d'une procession (4).

Liberté des cultes

Est illégal l'arrêté qui interdit les manifestations extérieures du culte pour des motifs autres que ceux tirés de la tranquillité publique (L., 5 avril 1884, art. 95 à 97. L., 9 déc. 1905, art. 27). Auparavant, le recours ouvert contre des arrêtés de ce genre était le recours pour abus. Depuis l'abrogation des articles organiques de l'an X, qui consacraient ce recours, ces illégalités rentrent dans le droit commun et le Conseil d'Etat en connaîtra au contentieux, au titre

1. Cr. cass., 24 déc. 1904. Gentreau.

2. C. E., 6 juillet 1888. *Gaz. Pal.*, 88.2. 238.

3. Cass., 30 juin 1892. *Rev. g. d'adm.*, 1892, III, 331.

4. Cass., 26 nov. 1819.

de violation de la loi et des droits acquis ou du détournement de pouvoir.

Liberté de la propriété

Est illégal tout arrêté qui impose à tous les riverains de la voie publique la clôture de leurs terrains, dans les champs (1), ou un mode de clôture déterminé (2) ou l'obligation de faire arracher l'herbe et de sabler au droit de leurs propriétés (3) ; qui soumet à l'autorisation préalable tout four, forge, usine ou atelier qui exigerait des fourneaux (4) ; qui ordonne que les murs, non seulement des chais à construire dans l'avenir, mais encore des chais existants et les murs donnant sur les cours ou ruelles ayant moins de 3 mètres de largeur, seront élevés d'un mètre au-dessus de la partie correspondante de toiture joignant lesdits murs (5) ; qui interdit l'affectation donnée à une propriété privée par l'établissement d'une garderie d'enfants (6), sous prétexte de prévenir les maladies épidémiques et contagieuses ; qui interdit pour la chasse l'emploi d'instruments bruyants (7).

1. C. d'Et., 9 mai 1865. — Lebon, p. 492.

2. C. d'Et., 24 déc. 1886. — Lebon, p. 915.

3. C. d'Et., 20 déc. 1872. — Billette.

4. Cass., 19 fév. 1876. D. 77. 1. 46.

5. Cass., 5 août 1882.

6. Cass. crim., 3 déc. 1904. — C. E., 27 fév. 1903. Lamy.

7. C. E., 4 fév. 1898 et 18 mars 1898. — T. et Nonalhier.
S. 99. 3. 1.

Liberté individuelle proprement dite

Est illégal tout arrêté qui défend d'introduire dans la ville aucune viande morte, si ce n'est des salaisons : c'est violer le droit des citoyens de s'approvisionner de viande où ils veulent (1) ; qui prohibe ou soumet à autorisation telle réjouissance publique, comme une course de taureaux (2), en l'absence de texte précis qui permette de le faire : c'est violer le droit des citoyens de prendre leur plaisir où ils le trouvent ; tel est du moins le sentiment de M. Hauriou que nous partageons.

Egalité

Est illégal tout arrêté :

Qui confie l'organisation d'un bal au directeur d'une fanfare dite municipale, excluant ainsi toutes les autres fanfares (3). Qui interdit d'élever et de conserver sans autorisation des paons et autres oiseaux de basse-cour, sous le prétexte d'un intérêt d'ailleurs purement imaginaire de salubrité publique (4).

Voilà des exemples qui donnent une idée des nombreuses violations de la loi auxquelles sont exposées

1. Cr. rej., 11 août 1842. Min. pub., contre Jannin.

2. C. E., 3 déc. 1897. Ville de Dax. S. 98. 3. 145, est cependant en sens contraire.

3. Cass., 23 fév. 1889 (2 espèces). *Rev. d'adm.*, 1889. 1. 452.

4. Cass., 14 mai 1887.

les autorités. Enfin, ce n'est pas seulement la loi que maire et préfet doivent respecter et dans son texte et dans son esprit : c'est aussi les règlements locaux, dont ils peuvent être les propres auteurs. Tel est l'enseignement qui ressort d'une jurisprudence d'ailleurs toute récente. M. Hauriou attire sur elle l'attention, en ajoutant : « C'est une nouveauté qu'il était urgent de signaler, car les autorités locales, plus ignorantes du droit ou plus passionnées, ont besoin d'être rappelées à l'ordre aujourd'hui plus souvent que les autorités de l'administration centrale. » (1).

SECTION II

Incompétence ratione loci.

En principe, le Président de la République, et, en cas de textes les y autorisant, les ministres font des règlements pour le territoire tout entier, les préfets pour le département et les maires pour la commune.

Toutefois, le Président de la République est seul compétent pour la réglementation des carrières dans chaque département. Serait donc illégal un arrêté préfectoral relatif, par exemple, aux mesures à prendre pour y éviter les éboulements.

D'autre part, le préfet peut se substituer au maire

1. Note de M. Hauriou, *J. du Palais*, 1906, 9^e fasc., p. 113.

quand celui-ci manque à son devoir : « Les pouvoirs qui appartiennent au maire en vertu de l'article 91 ne font pas obstacle au droit du préfet de prendre pour toutes les communes du département ou plusieurs d'entre elles, et dans tous les cas où il n'y aurait pas été pourvu par les autorités municipales, toutes mesures relatives au maintien de la salubrité, de la sûreté et de la tranquillité publiques. Ce droit ne pourra être exercé par le préfet à l'égard d'une seule commune qu'après une mise en demeure au maire restée sans résultats. »

Tel est l'article 99 de la loi du 5 avril 1884. Or l'article 85 porte déjà : « Dans le cas où le maire refuserait ou négligerait de faire un des actes qui lui sont prescrits par la loi, le préfet peut, après l'en avoir requis, y procéder d'office par lui-même ou par un délégué spécial. »

Pour les uns donc, l'article 99 n'est qu'une précision de l'article 85 (1) et la différence entre les deux hypothèses gît en ce que, dans celle de l'article 85, le préfet peut employer un délégué ; pour les autres, au contraire (2), l'article 85 vise seulement les actes que le maire accomplit sous l'autorité du préfet, comme agent du pouvoir central et l'article 99 se réfère à

1. M. Hauriou. *Précis*, 6^e édit., p. 209. Morgand. *La loi municip. sous l'art. 85*. Laferrière, *op. cit.*, p. 512. Ducrocq. *Cours*, 7^e édit., I, p. 342.

2. M. Berthélemy. *Traité él.*, 2^e édit., p. 216 et 217.

ceux qu'il est chargé de faire sous la surveillance de l'autorité centrale comme chef de l'association communale.

La question n'a que peu d'intérêt pour nous, puisque l'article 99 donne au préfet les pouvoirs les plus larges en matière de police. Mais une autre s'est posée, qui est de nature à nous retenir un instant. L'article 99 permet-il au préfet de s'occuper d'intérêts municipaux, ou doit-il s'en tenir absolument aux intérêts généraux ?

La circulaire du ministère de l'Intérieur en date du 15 mai 1884 adopte la seconde solution : « Cela n'est guère admissible. Est-il vraisemblable que la loi ait voulu désarmer aussi complètement l'Etat et abandonner les minorités à l'arbitraire communal ? La loi de 1884 est certes une loi de décentralisation ; aurait-elle omis les précautions sans lesquelles la décentralisation est menaçante à la fois, pour l'Etat et pour les citoyens ? » (1)

En face de maires élus, l'Etat perd son autorité. En effet, s'il garde le droit de les révoquer, il ne le fait guère. « Quand il les frappe, il invoque rarement des raisons d'administration et encore moins des raisons d'administration municipale ; il se détermine plutôt à cause d'une attitude politique ; s'il se plaint d'actes accomplis, la négligence le laisse indif-

1. Moreau. *Le règl. adm.*, 1902, p. 405 et s.

fèrent à moins qu'elle ne lèse ses intérêts immédiats et, si elle ne nuit qu'à la commune même, bien que celle-ci soit en somme un de ses membres, il ferme volontiers les yeux. Puis, et c'est là ce qui explique la réserve de l'Etat, la révocation du maire sera peut-être la cause d'un conflit entre la commune et le gouvernement : celui-ci peut révoquer, il ne peut pas nommer, et le Conseil municipal, si temporairement, il ne peut réélire le maire révoqué, peut choisir un homme qui aura la même attitude ; en sorte que la révocation n'est qu'un remède insuffisant : elle n'obtient pas que ce qui doit être fait soit accompli. » (1). Et puis, où commencent les intérêts généraux et où finissent les intérêts communaux ? (2) « Prenez l'une après l'autre, toutes les attributions que l'article 91 et suivants de la loi de 1884 confèrent ou confient aux maires, il n'en est pas une dont l'intérêt ne soit évidemment essentiellement général, non seulement parce que la commune est une fraction de l'Etat, mais encore à cause de l'action réciproque des communes l'une sur l'autre. »

L'article 99 « parle des droits du préfet à peu près comme l'article 97 parle des droits du maire. Mieux

1. Moreau. *Le règlement administratif*, 1902, p. 405 et suiv.

2. Cf. M. Block. « La police et l'autorité municipale. » *Rev. pol. et parl.*, 1894, p. 360, et Reinach « Police et sûreté générale », *Rev. pol. et parl.*, 1894, p. 394.

encore, il autorise le préfet à intervenir « dans tous les cas où il n'y aurait pas été pourvu par les autorités municipales » : c'est donc que les autorités municipales étaient compétentes, c'est donc qu'il s'agissait d'intérêts municipaux » (1).

Ainsi, la doctrine de la circulaire du 15 mai 1884 est aussi fausse au point de vue théorique que funeste au point de vue pratique.

Cette interprétation de l'article 99 restreint le champ de l'incompétence préfectorale *ratione loci*, mais ne l'annihile pas.

Ainsi, la Cour de cassation a considéré comme illégal l'arrêté préfectoral, prohibant, de mars en octobre, la divagation des chiens dans les champs pour empêcher les dommages au sol; c'est là un règlement de police rurale dont la matière appartient exclusivement à l'autorité municipale (2). Serait de même illégal l'arrêté préfectoral qui réglementerait la vaine pâture, ou modifierait un règlement du Conseil municipal y relatif (3).

Examinons maintenant l'incompétence du maire *ratione loci* (4).

1. Moreau. *Le règlement administratif*, 1902, p. 405 et suiv.

2. Cass., 27 janvier 1892. D. 92. 1. 447.

3. C. E., 18 janvier 1861. Lebon, p. 277. En ce sens Laferrière: *Jur. adm.*, II, p. 483. Déjamme. *Pouv. régl. Rep. gén. d'adm.*, 1892-1893.

4. Cf. Moreau, *op. cit.*, p. 464 et suiv.

L'autorité municipale ne peut méconnaître le caractère juridique d'une voie publique pour lui rendre applicable un règlement, ni usurper sur les droits de l'Etat ou du département, par exemple, pourvoir à l'assainissement d'une route nationale.

Les règlements municipaux ne concernent que les lieux sur lesquels l'autorité municipale a des droits. Ainsi, un arrêté de police ne peut toucher les églises, dont la police appartient à l'autorité ecclésiastique, les domiciles particuliers, pas même les lieux publics, lorsque, ~~ex~~ceptionnellement, ils sont devenus privés.

SECTION III

Violations de la compétence unipersonnelle ou collégiale

Sur ce point, nous avons peu de chose à dire, puisqu'en France, l'autorité réglementaire en matière de police est exercée en principe par des agents unipersonnels.

Les législations étrangères reconnaissent en général de larges pouvoirs réglementaires aux corps municipaux, et leur donnent même le pouvoir de prendre des mesures de police communale : il en est ainsi notamment en Belgique et en Italie.

En France, pour la réglementation des pâturages communaux dans les terrains en montagne (loi du 4 avril 1882, art. 12) et de la vaine pâture, (art. 68, 69, loi du 5 avril 1884 et art. 11, loi du 9 juillet 1889), c'est au Conseil municipal qu'il appartient de délibérer. Un arrêté du maire concernant ces matières serait donc illégal, à moins de n'intervenir que pour l'exécution des délibérations des conseils municipaux.

SECTION IV

Inobservation des diverses conditions de temps, de lieu, de formes, mises à l'exercice de la compétence.

Les violations de la loi provenant de ce fait sont nombreuses et faciles à trouver. Seraient illégaux, par exemple :

Un règlement présidentiel pris sur l'invitation du législateur, si le Conseil d'Etat n'avait pas été consulté ; un règlement présidentiel destiné à enrayer les progrès d'une épidémie pris sans l'avis du comité consultatif d'hygiène publique (art. 8, loi du 15 février 1902) ; un règlement préfectoral sur la pêche fluviale pris sans l'avis préalable du Conseil général (loi du 10 août 1875, art. 2, 6, 10, 16) ; un règle-

ment préfectoral sur l'époque de l'ouverture et de la clôture des colombiers ou sur la distance à observer entre les ruches d'abeilles et les propriétés voisines ou la voie publique, si le Conseil général n'avait pas été consulté (loi du 4 avril 1889 sur le Code rural, art. 6 et 8) ; un arrêté portant retrait d'autorisation sans que les motifs en soient indiqués ; un règlement ou des mesures de police prises par le préfet pour une seule commune, sans mise en demeure préalable du maire (1) ; un règlement élaboré par le maire sur la santé publique, sans l'avis du Conseil municipal (L. 15, fév. 1902, art. 1^{er}).

De même, un préfet ou un maire appliquerait illégalement son règlement à un individu avant qu'il ait été publié ; ils employeraient illégalement la contrainte à l'égard d'un individu avant de lui avoir notifié régulièrement l'arrêté qui le concerne ; ils ordonneraient de même illégalement la démolition d'un mur ou d'une maison menaçant ruine sans qu'il y ait eu une expertise préalable (Loi du 21 juin 1898).

Dans tous ces cas, l'illégalité serait reconnue par les tribunaux et pourrait donner ouverture à recours au Conseil d'Etat.

1. On se rappelle les événements de Carmaux.

SECTION V

Fausse appréciation des cas dans lesquels l'agent est « obligé » de faire certains actes de sa compétence et de ceux dans lesquels il a un « pouvoir d'appréciation » plus ou moins discrétionnaire.

Nous arrivons ainsi à la théorie de l'autorisation (1), que les Allemands appellent « défense de police avec réserve de permission » (*Erlaubnis, Ermächtigung, Genehmigung, Zustimmung ou Konsens*).

Au point de vue de la liberté dont jouissent les fonctionnaires publics dans l'exercice de leur compétence, il y a des degrés à établir. On peut distinguer quatre cas principaux :

1° L'exercice de la compétence peut être absolument lié ; la loi décide, par exemple, que lorsque certaines conditions seront réunies, l'agent aura l'obligation de faire un certain acte dans un certain sens ou de s'abstenir d'agir. Exemples : obligation de délivrer un alignement individuel, une autorisation de bâtir, un permis de chasse ;

2° L'obligation qui pèse sur le fonctionnaire peut

1. Cf. Année adm., 1904. *Passim*, note p. 204 et Otto Mayer. Trad. franç., II.

être moins stricte ; la loi décide que : lorsque certaines conditions seront remplies, l'agent aura l'obligation de prendre une décision ; mais la loi laisse toute latitude sur le contenu de cette décision. Ici il n'y a que l'exercice de la compétence qui soit obligatoire. Exemple : demande d'autorisation pour un établissement dangereux, incommode ou insalubre. L'agent n'est tenu que de répondre ;

3° La loi décide que, lorsque certaines conditions seront remplies, l'agent sera libre de faire un certain acte ; mais il sera tenu, s'il agit, de décider en un certain sens. Exemple : nomination d'un fonctionnaire à un emploi, pour lequel la loi exige présentation d'un jury de concours.

4° La loi décide que : lorsque certaines conditions seront réunies, l'agent sera libre de prendre une décision ou de n'en pas prendre, et, s'il agit, de décider selon sa libre appréciation. Ici, il y a pouvoir discrétionnaire. Exemple : mesures de police destinées au maintien de la sécurité, de la tranquillité, de la salubrité publique.

La permission de police peut être définie : « la constatation par l'administration que, dans tel cas donné le corps social ne court aucun danger à ce qu'il soit dérogé à la défense générale ».

Mais il faut concilier ceci avec l'idée que l'administration est ici forcée d'entrer dans le domaine réservé à la loi (liberté de l'industrie). Le régime

juridique des permissions de police est alors le suivant :

L'interdiction générale adressée aux individus est une atteinte portée à leur libre activité (liberté de l'industrie). Donc, d'après les idées modernes, une loi peut seule la formuler. Par contre, une fois l'interdiction formulée, une loi seule peut conférer aux agents administratifs le pouvoir de la lever. Le règlement ne peut ni porter cette interdiction, ni donner compétence pour l'écarter dans un cas particulier.

L'interdiction est une atteinte à la liberté individuelle ; la permission de police est un retour à cette liberté. En conséquence, l'interprétation des textes législatifs ou réglementaires doit se faire dans le sens de la liberté. Vainement, dirait-on que le principe a été renversé par la loi dans le sens de l'interdiction de l'activité individuelle et que désormais, la liberté est l'exception. La situation est en réalité tout autre. La loi — à tort ou à raison — a apporté une atteinte à la liberté : « pour certaines hypothèses déterminées à l'avance » ; encore a-t-elle permis de revenir à la liberté. En conséquence, toute question douteuse doit être résolue dans le sens de la liberté.

Quoi qu'il en soit, les individus n'ont, par rapport à l'autorisation à obtenir ou même déjà obtenue, aucun droit acquis proprement dit (1). Ils n'ont

1. *Contra* : Laferrière, *Jur. adm.*, II, 553.

qu'une faculté générale, une possibilité soit d'obtenir le retour à la liberté, soit d'exercer leur activité comme si l'interdiction n'existait pas.

a) La chose est évidente, lorsque l'autorisation n'a pas encore été obtenue ;

b) L'autorisation ne crée pas, au profit de celui qui l'obtient, un droit individuel proprement dit. La seule conséquence de la permission est que le permissionnaire a désormais la possibilité d'exercer son activité comme si l'interdiction n'existait pas. « Par elle-même, elle ne contient rien. » Pour celui qui l'a obtenue, il n'y a qu'un effet produit : l'interdiction qui frappait son activité, en tant qu'elle s'exerçait dans une certaine direction, est levée. Or, pas plus que la liberté d'exercer un commerce ou une industrie, le retour à la liberté ne peut être considéré comme un droit individuel, au sens précis de ce mot. Il n'y aura « droit individuel » véritablement que lorsque, en vertu de cette faculté d'agir, de cette liberté recouvrée, l'individu aura accompli des actes juridiques créateurs de droits. En résumé, « de l'autorisation accordée résulte simplement une possibilité de faire des actes juridiques ; ce sont ces actes qui créeront des droits individuels ». On peut, du même coup, dégager la nature juridique de la permission de police. Puisqu'elle ne crée pas elle-même de droit individuel, elle n'est qu'un fait ; c'est le fait qui forme la condition mise par la loi pour que l'activité d'un indi-

vidu puisse s'exercer juridiquement dans un certain sens.

Mais ce fait a la « forme » d'un acte juridique. C'est un « fait de volonté » qui, à raison de sa forme, est, en principe, soumis au régime des actes juridiques proprement dits, c'est-à-dire des manifestations de volonté créatrices de droits individuels, de situations juridiques individuelles. Il en est ainsi tout particulièrement au point de vue des recours juridictionnels ; des recours en annulation pourront être formés contre ces faits de volonté.

Leurs chances de succès seront en proportion inverse de la latitude même laissée aux autorités ; plus l'autorité sera liée, suivant les distinctions établies ci-dessus, plus les excès de pouvoir lui seront faciles.

Il y a lieu d'envisager également l'étendue de l'autorisation. Examinons d'abord le cas de retrait. Un établissement a été fondé, par exemple, à la suite d'une autorisation. Il convient de distinguer suivant que celle-ci est personnelle, mixte ou réelle, c'est-à-dire suivant que, pour l'accorder, on a considéré essentiellement la personne, ou à la fois la personne et l'établissement, ou l'entreprise seulement. En cas d'autorisation réelle, par exemple, il y aurait excès de pouvoir à opérer le retrait sous prétexte que la maison change de propriétaire. Le

retrait n'est possible qu'en vertu d'un texte et dans les strictes conditions du texte.

Cependant, lorsque le bénéficiaire n'exécute pas les charges stipulées, ou lorsque l'autorisation émane d'une autorité incompétente ou a été obtenue par des moyens illicites, la permission tombe sans qu'aucune plainte puisse être déposée efficacement.

Prenons maintenant le cas de refus d'autorisation. Le Conseil d'Etat a toujours rejeté les recours pour détournement de pouvoir dirigés contre les actes par lesquelles l'administration refuse des autorisations de voirie ; il a décidé que le refus d'autorisation « n'est pas de nature à être déféré à la juridiction contentieuse par application des lois des 7-10 octobre 1790 et 24 mai 1872 ». (Arrêts du conseil d'Etat du 6 mars 1885 et du 26 novembre 1886.)

Que l'administré n'ait pas de droit subjectif à obtenir une concession sur la voie publique, c'est incontestable. Mais le concessionnaire n'a pas davantage de droit subjectif au maintien de sa concession ; ou, s'il a un droit à ce que sa concession ne lui soit enlevée que dans l'intérêt du domaine, on ne voit pas pourquoi l'administré n'aurait pas aussi le droit que la concession ne lui fût refusée que dans l'intérêt du domaine. « Dans les deux cas, a-t-on dit, il y a décision discrétionnaire se rattachant à l'exercice d'un pouvoir de police ; or, si le détournement de pouvoir peut entacher les décisions qui suppri-

ment des autorisations précaires et révocables, on ne voit pas pourquoi il ne pourrait pas également vicier les décisions qui refusent de les délivrer. » (1). La critique nous paraît très juste et nous nous rangeons à cet avis.

SECTION VI

Violation de la destination légale de la compétence

Les pouvoirs de police conférés aux diverses autorités doivent s'exercer uniquement dans un but ou pour des motifs de police. Dans le cas contraire, la loi serait violée, non dans sa lettre, mais dans son esprit ; la volonté personnelle de l'administrateur se substituerait à la volonté de la loi. Il y aurait donc une illégalité pour « détournement de pouvoir » qui pourrait être reconnue par les tribunaux et motiver une annulation par le Conseil d'Etat.

Voici les cas les plus fréquents (2) :

I. — L'administrateur se sert de son pouvoir discrétionnaire pour trancher des questions de propriété ; sous prétexte de police :

1° Il a voulu créer un titre de propriété à l'Etat (3) ;

1. Lebon, p. 266, note sous l'arrêt du 6 mars 1885

2. Ebreu. *Détournement de pouvoir*. Thèse, 1901.

3. C. E., 6 mars 1885. Laborde. — 19 mars 1875. Letellier, Delafosse.

2° Il a voulu trancher des contestations entre particuliers, relativement à un droit de propriété et d'usage.

Exemple : Un arrêté préfectoral modifie le règlement d'une usine ou d'un moulin dans le seul intérêt d'autres usiniers (1).

II. — L'administrateur se sert de son pouvoir de police pour favoriser des intérêts pécuniaires.

1° Dans un but fiscal :

Exemples : Un arrêté municipal prescrit pour le transport des plâtres tels ou tels procédés, à l'effet de diminuer au profit de la commune les frais d'entretien des rues et chemins communaux (2).

Un maire retire à une Compagnie d'électricité la permission de voirie (pose de fils) accordée antérieurement, retraits motivés par le fait que la commune a été condamnée à des dommages-intérêts pour avoir favorisé, par cette permission, la concurrence à une Compagnie de gaz contrairement aux clauses du contrat intervenu entre la Compagnie et la commune (3).

1. C. E., 1^{er} décembre 1893. Fauchaux, Dutrop. Lebon, p. 793.

2. C. E., 12 février 1892. Royer.

3. Cass. crim., 25 octobre 1900. Goret, S. 1903. 1. 302. — Le Conseil d'Etat estime qu'il n'y a pas détournement de pouvoir : 10 juillet 1896. Colette. Lebon, p. 565. — 27 déc. 1901. Pécard. Lebon, p. 925. — 6 juin 1902. Goret. Lebon, p. 421.

Un arrêté assujettit la profession d'entrepreneur de vidanges à un tarif fixé par le maire (1).

Un arrêté refuse un alignement de voirie dans le but de réaliser des économies sur des expropriations futures (2).

Un arrêté ordonne que toutes les denrées soient portées au marché, uniquement pour y acquitter des droits de place (3).

Un arrêté interdit un barrage, en vue du bon fonctionnement du lavoir communal (4).

2° Dans le but de favoriser l'intérêt financier des particuliers.

Exemples : Un arrêté retire une permission pour réserver exclusivement l'usage du sous-sol d'une voie publique à un particulier ou à une compagnie (5).

Un arrêté municipal interdit, pour protéger le commerce local, l'introduction dans la commune de viandes d'animaux abattus ailleurs que dans l'abattoir municipal (6) ; ou y apporte des entraves par une réglementation excessive (7) ; ou défend aux mar-

1. Cass., 20 nov. 1885. S. 87. 1. 91.

2. C. E., 23 janvier 1868. Terravalien. — 17 avril 1869, Tabardel.

3. C. E., 15 fév. 1895. Tostain. — 21 déc. 1900. Trottin. S. 1903, III, 57.

4. C. E., 10 juillet 1903. Croizet.

5. C. E., 18 mars 1868. Dubier-Lebon, p. 316.

6. C. E., 22 mai 1896. Carville. Lebon, p. 408.

7. C. E., 28 mars 1899. Bouchers de Bolbec, 8 février 1901 Hennequin. 10 fév. 1905. Ville de Narbonne. .

chands ambulants d'entrer dans les maisons pour y offrir leurs marchandises (1).

Un arrêté refuse le droit de stationnement sur la voie publique à toutes les voitures autres que celles d'un certain entrepreneur (2).

III. — L'administrateur se sert de son pouvoir discrétionnaire pour satisfaire de purs caprices.

Exemples : Un maire exige une autorisation pour l'élevage des paons, sous prétexte de salubrité (3).

Un maire exige des garanties de moralité pour être logeur en garni (4).

Le préfet de police met son autorité au service de ses goûts architecturaux en ordonnant la suppression des bannes devant les magasins de la rue de Rivoli et leur remplacement par des stores d'un modèle déterminé (5).

Ou bien, l'autorité met son pouvoir de police au service de son esprit de parti ou de ses préférences politiques. Exemple : Un maire interdit à une société musicale, et à elle seule, de sortir sur la voie publique (6).

Le maire d'Iwuy refuse à une société musicale la

1. Corr. le Havre, 28 mars 1898.

2. C. E., 2 août 1870. Bouchardon.

3. Cass. cr., 14 mai 1887.

4. Cass. cr., 21 mai 1898.

5. C. E., 11 mai 1888. Lebon, p. 417.

6. C. E., 1^{er} juillet 1898. Société la Seynoise.

permission de sortir en cortège pour satisfaire une inimitié politique (1).

Nous avons ainsi terminé l'étude des limites du pouvoir de la police, en tant qu'elle donne des ordres. Nous verrons ultérieurement que, dans l'exécution, elle peut aussi aller trop loin ou agir sans droit. Pour le moment, après avoir indiqué les cas de recours contre les ordres généraux ou spéciaux, nous allons étudier ces recours en eux-mêmes.

Disons auparavant que, pendant longtemps on a considéré les règlements de police comme ne pouvant donner lieu à aucun recours contentieux devant le Conseil d'Etat. Arrêt du 8 janvier 1817. (Messageries l'Eclair): « Considérant que l'arrêté du préfet du Nord est un règlement de police, dont les entrepreneurs de l'Eclair ne sont pas recevables à poursuivre l'annulation par voie contentieuse » — Arrêt du 26 février 1817. Charcutiers de Nanterre : « Considérant qu'il s'agit de prononcer sur un règlement de police qui ne peut être attaqué devant nous, en notre Conseil d'Etat, par la voie contentieuse ».

La doctrine du temps est conforme à la jurisprudence (2). Ce sont, disait-on, des mesures purement

1. C. E., 22 décembre 1905. *J. du Palais*, 1906, p. 113.

2. Macarel. *El. de jur. adm.*, 1818, I, n° 47, p. 61, n° 115, p. 43; n° 83, p. 35; nos 88 et 89, p. 80.

Cormenin. *Quest. de dr. adm.*, 1837, I, p. 148, 151, 156, 163, 164, 169.

administratives. Les recours contre tous ces actes étaient écartés à raison de l'origine ou de la nature même de ces actes. Aujourd'hui, on n'admet plus que les actes échappent à tout recours, parce qu'ils sont discrétionnaires, et il est juste aussi que l'individu soit d'autant plus protégé qu'il est plus menacé.

LIVRE III

RECOURS JURIDICTIONNELS CONTRE LES ORDRES DE LA POLICE

CHAPITRE PREMIER

Différentes sortes de recours

Il convient tout d'abord de sérier les recours. Nous ne nous occupons que des recours juridictionnels : il importe de dire en quoi ils se distinguent des recours hiérarchiques. Ensuite, il y aura lieu de diviser les recours juridictionnels et directs et indirects

Il y a « pétition », quand l'intéressé s'adresse au législateur, et « recours gracieux », quand il s'adresse à l'autorité dont émane l'acte ou à son supérieur, pour obtenir la réformation de la décision.

Pour qu'il y ait recours juridictionnel, il faut que l'autorité devant laquelle on se pourvoit prononce en juge et non en administrateur.

A quelles conditions y a-t-il juge, tribunal ou contentieux (car les trois expressions sont synonymes) (1) ?

Selon nous, cinq conditions sont nécessaires (2) :

1° Il faut que l'autorité soit libre et liée seulement par la loi dans ses décisions. Il faut qu'elle soit indépendante du gouvernement, qu'elle ne soit pas tenue, dans l'application et l'interprétation qu'elle fait de la loi, de se conformer aux ordres du chef de l'Etat et de ses fonctionnaires (3), et ses décisions ne doivent pas être modifiées ou annulées par mesure gouvernementale. La situation personnelle indépendante n'est qu'un des nombreux moyens de garantir l'indépendance dans chaque décision (4).

2° Il faut un litige entre deux parties, dans l'es-

1. M. Hauriou paraît être en ce sens, selon M. Duguit : « Acte administr. et acte juridictionnel. » *Revue de dr. pub.*, 1906, p. 450.

2. Cf. Tournyol du Clos. *Essai sur le rec. pour exc. de p.*, 1905, p. 42 et s. : « Il y a recours contentieux toutes les fois qu'une application concrète de la loi est demandée à un organe de l'Etat, qui, dénué du pouvoir de statuer spontanément, ait l'obligation de répondre aux demandes qu'on lui soumet, et dont les décisions sont soustraites à tout contrôle du gouvernement. »

3. En ce sens, Laband. *Staatsrecht*, I, p. 642 et s. — Ussing. *Le Contentieux adm.* Trad. Dareste, 1902, p. 75. — Cruet, *op. cit.*, p. 418.

4. Laband. *op. cit.*, p. 368 et s. — Gerber. *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, 180. — Schmitt : *Gründlage der Verwaltungsrechtspflege*, p. 4 et 5.

pèce, entre l'administration et les intéressés (1). « Si la partie lésée se croit fondée à opposer son droit propre au droit invoqué par l'administration, il y a matière à contestation, à litige ; le contentieux administratif naît aussitôt du choc des prétentions en présence : un acte de juridiction contentieuse est nécessaire pour résoudre la difficulté. » Mais cette condition n'est pas suffisante, comme semble le croire M. Laferrière (2).

3° Il faut que l'autorité ait exclusivement pour mission de dire le droit (*jus dicere*) en vue de le faire respecter. « Il y a subsomption, dit M. Larnaude ; on fait rentrer un cas particulier dans un cadre général. La mineure est le fait, la majeure est la loi, le jugement est la conclusion (3). Donc quand le juge statue, sa volonté est bridée. » « Le

1. Ussing, p. 76. — *Stengel. Wörterbuch*, II, 714. — Aucoc, I, 609 et s. — Artur, *op. cit.* — Cruet, *op. cit.*, p. 419. — *Contra*: Duguit, *Rev. de dr. p.*, 1906, p. 450.

2. Ussing, p. 77. — Cruet, p. 419. — Artur, *op. cit.* — Laferrière, *Jur. ad. eodem.* — Schmitt, p. 99. — M. Larnaude, à son cours, 1904-1905.

3. Cf. également M. Duguit, *Rev. de dr. pub.*, p. 450 et 451. — M. Josserand (*De l'abus des droits*, 1905, p. 83 et s.) adoucit un peu la rigueur de ces formules : « Le juge demeure investi de cette tâche redoutable d'appliquer la loi au procès à la lueur de la morale. Jamais il ne se résoudra à réaliser les préceptes juridiques à la façon d'une machine, distributivement ; mais il sera porté invinciblement à s'inspirer de la finalité, du pourquoi des droits. »

juge n'a d'autre but que dire le droit ; il n'a pas à se préoccuper du résultat de l'application de la loi ; le bon juge ne se soucie pas de la ruine d'un malheureux qui a le bon droit pour lui, ni du triomphe d'un coquin. » — Mais l'opération logique (die rechtliche Entscheidung) n'est pas caractéristique du jugement. Bien souvent, la question de savoir ce que le bien public exige peut avoir été tranchée à l'avance par une loi. La fonction de l'administrateur, en pareil cas, est analogue à celle du juge : elle consiste à appliquer le droit objectif aux faits donnés.

4° L'autorité doit être tenue de se prononcer (1) ;

5° L'autorité doit avoir été saisie et ne peut évoquer d'office l'affaire devant elle (2).

Certaines formes, par exemple une instruction contradictoire, nous paraissent être une condition secondaire.

Il ne nous semble pas non plus indispensable que la décision entraîne la réalisation du droit (3) (ou la restitution en droit) (4). Il est inexact d'exiger que la

1. M. Larnaude à son cours, 1904-1905.

2. M. Larnaude à son cours. — M. Artur, *op. cit.*,

3. M. Duguit. *L'Etat, passim*.

4. M. Marie. « L'avenir du rec. pour exc. de pouv. » *R. du droit public*, 1901, p. 165 et 476 et suiv.

décision soit un acte de puissance publique : protection et exécution sont deux choses différentes.

Le recours contentieux ou juridictionnel est donc celui qui est porté devant une autorité ayant pour mission exclusive ou essentielle de trancher des litiges d'après sa propre conviction, et en s'attachant à la solution qui lui paraît la plus juste (1).

1. Ussing. *op. cit.*, p. 70.

CHAPITRE II

Quels sont les recours juridictionnels contre les ordres de la police ?

Pour répondre à cette question, il faut faire une première distinction fondamentale entre les ordres généraux ou règlements, et les ordres individuels, puis une seconde, entre les usurpations de pouvoirs et les simples excès de pouvoirs.

La première distinction est facile à justifier pratiquement. En principe, contre les règlements, il existe deux voies de recours : le recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat et l'exception d'illégalité devant les tribunaux ordinaires, tandis que, contre les actes individuels, il n'y a que le recours pour excès de pouvoirs.

Mais on aurait tort de croire, d'un côté, que ce départ entre les deux recours soit toujours strictement observé, d'un autre côté, qu'il n'y ait pas d'autre voie de droit.

D'abord, en effet, les deux recours, direct et indirect, ne sont pas toujours ouverts aux intéressés contre les règlements. Nous avons vu que la jurisprudence et nombre d'auteurs à sa suite n'admettent pas le recours pour excès de pouvoirs contre les règlements dits d'administration publique. Cette exception ne se justifie d'ailleurs ni du point de vue formel ni du point de vue matériel. Au point de vue formel, tous les règlements émanant du président de la République sont des actes administratifs, contre lesquels le recours pour excès de pouvoirs est possible ; l'article 3 de la loi du 25 février 1875, porte simplement que le président de la République « assure l'exécution » des lois et ne fait aucune distinction. Au point de vue matériel, le but du chef de l'Etat ne change pas, qu'il agisse d'office ou sur l'invitation du législateur ; dès lors, on ne voit pas de raison de distinguer entre les deux hypothèses. Enfin, il y a contradiction flagrante à dire que le même règlement est attaquant indirectement et qu'il est inattaquant directement.

D'autre part, toutes les mesures individuelles de la police ne donnent pas ouverture au recours pour excès de pouvoirs, en pratique. Il suffit de citer le cas des prostituées ; si grand que soit leur intérêt à se pourvoir contre un règlement trop rigoureux, par exemple, elles ne le peuvent pas ; il faut qu'elles se mettent en contravention pour en discuter la validité.

Il n'est pas moins curieux de constater que, par une anomalie singulière, ce n'est pas le recours direct qu'elles ont contre une mesure individuelle, comme l'arrêté d'inscription sur les registres des filles publiques ; c'est seulement l'exception d'illégalité. Il en est de même d'ailleurs des étrangers expulsés, selon la majorité des auteurs. Quant aux aliénés internés d'office, ils ont un recours détourné en quelque sorte : il s'exerce devant le tribunal du lieu de la situation de l'établissement ; il se fonde, non pas sur l'irrégularité de l'arrêté de placement, mais sur l'état mental de la personne internée et peut aboutir à sa sortie immédiate. Bien plus, il y a des catégories de personnes, qui, en fait, n'ont aucun recours contre les mesures de police dont elles sont frappées : telles sont les prostituées, à Paris, et d'une façon générale, les mendiants.

Nous avons dit aussi que le recours pour excès de pouvoirs et l'exception d'illégalité n'étaient pas les seules protections offertes à l'individu. Ainsi il existe contre certaines mesures de police des recours directs qui sont portés devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux, mais présentent un caractère quelque peu hiérarchique : tels sont les recours contre les arrêtés préfectoraux qui refusent à un industriel ou lui accordent sous des conditions jugées par lui inacceptables, l'autorisation pour un établissement de première ou deuxième classe (art. 7, décret

du 15 oct. 1810) ; contre les décisions portant suspension ou interruption des travaux dans les mines ou retrait d'une concession minière (art. 6 à 10 de la loi du 27 avril 1838).

Dans deux cas, le Conseil de préfecture comme premier ressort peut annuler une mesure de police : 1° lorsqu'un industriel demande l'annulation du refus d'autorisation pour un établissement incommode ou insalubre de troisième classe ; 2° lorsqu'un tiers intéressé demande l'annulation d'une autorisation donnée par le préfet malgré les oppositions, en matière d'établissements dangereux et insalubres. (Décret du 10 mars 1810.)

Abordons maintenant la seconde distinction que nous avons annoncée entre les excès de pouvoirs et les usurpations. En théorie, toute usurpation de pouvoirs devrait rendre l'acte inexistant ; cette inexistence pourrait être constatée par un tribunal quelconque ; l'administrateur serait passible des peines édictées par les articles 130 et 131 du Code pénal ; de plus, il encourrait la responsabilité civile pour « fait personnel ». — Au contraire, le simple excès de pouvoirs rendrait l'acte annulable seulement ; les tribunaux administratifs seraient seuls compétents pour en connaître ; il s'agirait d'une simple « erreur fonctionnelle » et l'administrateur n'en serait pas responsable devant les tribunaux ordinaires. Mais nous l'avons dit, il est difficile quelquefois

en théorie de distinguer le simple excès de pouvoirs de l'usurpation. D'autre part, les préfets et les maires, même involontairement, empiètent si souvent, soit sur les attributions, soit sur les pouvoirs du juge ou du législateur, qu'il serait vraiment excessif de frapper à chaque instant les actes d'inexistence et les administrateurs de pénalités très fortes ; ce serait d'autant plus regrettable que la plupart de ces usurpations ne tirent pas à conséquence ; il suffit de la responsabilité civile pour retenir les autorités sur cette pente dangereuse. A l'inverse, il est de simples excès de pouvoirs qui portent de graves atteintes aux droits des individus : il en est ainsi, par exemple, lorsqu'un maire ou un préfet ordonne la démolition d'office d'une maison menaçant ruine, sans provoquer une expertise préalable (loi du 21 juin 1898). La victime de cet abus en souffre très gravement, et cependant, il n'y a qu'un simple vice de formes. Dès lors, il est bon que l'administrateur soit responsable de certains excès de pouvoir. C'est pourquoi une séparation catégorique entre les excès de pouvoir et les usurpations offre autant d'inconvénients que de difficultés. Aussi la pratique s'est-elle contentée d'une sorte de cote mal taillée : les dépassements de pouvoirs, quels qu'ils soient, n'entraînent l'inexistence de l'acte et la responsabilité pénale et civile de l'autorité, que s'ils trahissent chez elle une intention illégitime étrangère au but de sa fonction,

et s'ils portent un préjudice effectif à l'individu. Peu importe que la faute soit légère ou lourde, que le préjudice soit minime ou important : le degré de faute peut influencer sur l'étendue de la responsabilité pénale, la gravité du dommage sur celle de la responsabilité civile ; mais ces modalités n'auront aucune conséquence sur le principe même de la responsabilité (1).

Ainsi donc, le « fait personnel » qui détermine la responsabilité, c'est la volonté même d'agir en dehors du cadre légal. Il est du devoir de l'administrateur de vouloir conformément à la loi ; lorsqu'il le fait, il est bien l'organe de l'Etat, et si sa bonne foi est trahie, c'est l'Etat qui doit répondre de l'erreur, c'est l'acte même qu'on doit attaquer. Mais, si l'administrateur met ses pouvoirs au service de sa propre volonté, il n'est plus l'organe de l'Etat, il excède son mandat ; sa personne se dégage de l'acte, il est démasqué ; c'est lui-même, comme homme, que les intéressés poursuivront.

C'est bien pourquoi, étudiant les recours contre les mesures de police, et non contre les autorités, nous sortirions de notre cadre en nous occupant de leur responsabilité ; c'est aussi pourquoi nous nous en tiendrons à la première distinction, celle des règlements et des actes individuels, pour examiner l'économie et le fonctionnement des recours direct et indirect.

1. En ce sens M. Duguit. *Droit constit.*, 1907, p. 461

CHAPITRE III

Recours contre les règlements

SECTION I

Recours pour excès de pouvoir

Le recours pour excès de pouvoir est soumis à deux sortes de conditions : des conditions de recevabilité et des conditions de succès.

§ 1. — *Conditions de recevabilité*

Les conditions de recevabilité sont au nombre de quatre. Il faut :

- 1° Que le plaignant ait la capacité d'ester en justice ;
- 2° Qu'il agisse dans un certain délai ;
- 3° Qu'il n'ait aucun recours parallèle ;
- 4° Qu'il ait un intérêt à l'annulation.

1^o Il faut que le plaignant soit une personne capable. Les incapables doivent être dûment autorisés (par exemple : la femme mariée, par son mari) ou représentés par leurs mandataires légaux (par exemple ; le mineur, par son tuteur).

2^o Il faut que le plaignant agisse dans un certain délai. Ce délai, fixé à trois mois par le décret du 22 juillet 1806, a été réduit à deux mois par l'article 24 de la loi du 13 avril 1900. C'est un délai franc, dans lequel ne sont comptés ni le *dies a quo*, ni le jour de l'enregistrement du pourvoi. Le point de départ, pour les règlements, est le jour de leur publication officielle.

3^o Il faut qu'il n'y ait aucun recours parallèle, c'est-à-dire permettant d'obtenir une satisfaction quelconque, par exemple : une indemnité. Cette condition provient de ce qu'on regarde le recours pour excès de pouvoir comme un moyen subsidiaire. Mais de plus en plus, la jurisprudence néglige cette fin de recevoir : elle ne l'oppose plus lorsque l'intéressé dispose de l'exception d'illégalité et c'est le seul point qui nous importe quand il s'agit des règlements de police. En effet, il était au moins injuste d'obliger l'individu à enfreindre un règlement ou arrêté pour « voir dire » qu'il était illégal. Après d'assez longs tâtonnements, le Conseil a fini par se rallier à cette opinion.

4^o Il faut un intérêt « direct et personnel ». L'in-

térêt général et impersonnel ne suffit pas, parce qu'il a ses représentants, seuls compétents à son égard, par exemple : le ministère public, le maire, le Conseil municipal, le président de la République, les Chambres. Mais le Conseil d'Etat tend à concevoir de façon de plus en plus large cet intérêt. Il admet les intérêts collectifs spéciaux, comme ceux des aubergistes voisins d'un champ de foire, à ce que ce champ ne soit pas déplacé par arrêté municipal ; ceux des apiculteurs à ce que la distance fixée par arrêté municipal des ruches aux habitations ne fût pas trop grande.

Il admet des intérêts collectifs presque généraux comme ceux d'un contribuable (1), ceux d'un électeur (2), ceux d'un membre d'une assemblée élue (3), ceux d'un agent décentralisé (4), ceux d'un agent du service administratif (5), etc. Mais il n'a pas encore admis celui d'un simple habitant : c'est le seul point qui nous importerait au point de la police. Celui qui attaque un règlement de police doit encore avoir l'intérêt « direct et personnel » à ce qu'il fût annulé ;

1. C. E., arrêt *Casanova*, 29 mars 1901. — 6 avril 1906, Camus et autres.

2. C. E., 7 août 1903. Chabot.

3. C. E., 1^{er} mai 1903. Bergeon.

4. C. E., 1904. Commission syndicale de la vallée de Saint-Savin.

5. C. E., 11 décembre, 1903. Molinier.

mais cet intérêt peut être collectif : ainsi contre un, arrêté de police qui fait grief à tous les propriétaires de la commune, l'un quelconque des propriétaires peut réclamer (1).

Faut-il aller plus loin et admettre le recours d'un simple habitant ? Est-ce souhaitable ? Est-ce possible ?

Est-ce souhaitable ? Sans doute, puisque le simple habitant a un intérêt personnel en même temps que collectif à jouir d'une bonne police. « Les intérêts généraux ne sont pas plus étrangers à l'action administrative, orientée vers l'intérêt général, que l'intérêt général n'est indifférent à l'administré qui se pourvoit dans un intérêt spécial. En accueillant les recours pour excès de pouvoirs fondés sur des intérêts spéciaux, le Conseil d'Etat avait admis les particuliers à attaquer les actes de l'administration même envisagée comme agissant en leur nom... C'est ce qu'ont reconnu les récents arrêts qui sont revenus sur la jurisprudence ancienne... L'essentiel, au moins provisoirement, c'est que les habitants soient admis à critiquer, comme tels, les décisions de police irrégulières. » (2).

Est-ce possible ? On peut répondre que c'est vir-

1. C. E., 29 novembre 1872. Baillergeau. — 2 décembre 1872, Billette. — 28 mars 1885, Langueillier.

2. Thèse Baudoin. *De la notion d'intérêt*, 1904.

tuellement réalisé : il n'y a qu'à tirer les conséquences des principes impliqués par les revirements tout récents de la jurisprudence du Conseil d'Etat.

Faut-il aller jusqu'à l'action populaire, c'est-à-dire admettre que tout citoyen, tout Français, pourrait intenter un recours contre une décision qui lèse-rait un intérêt quelconque ? (1) Voici, en résumé, comment un savant italien, M. Bertolini, défend cette idée. « Il faut avant tout changer le principe du contentieux administratif ; le point de départ de l'action réside, non seulement dans un droit acquis, directement violé ou méconnu, mais encore dans la simple violation ou méconnaissance de la loi. Dans l'Etat moderne, la loi est l'expression de la volonté de tous ; les administrateurs ne sont que les délégués de la nation, délégués chargés et tenus de poursuivre la rigoureuse application de la loi. Les administrateurs, en acceptant leurs fonctions, ont contracté un engagement vis-à-vis de la généralité des citoyens. Intéressés à l'observation de la loi, les citoyens sont fondés à en réclamer la stricte application, si l'administration s'en écarte. La conclusion de ces prémisses, c'est la nécessité d'instituer une action populaire, confiée à tout citoyen, *quivis ex populo*. »

1. En ce sens : Bertolini. *Saggi di scienza e diritto della pubbl. adm.*, 1889. Compte rendu dans la *Rev. gén. d'adm.*, juin 1891.

Selon nous, ce serait une innovation à la fois peu logique, inutile et dangereuse.

Peu logique : en effet, d'abord l'intérêt que peut avoir l'individu à l'observation de certaines prescriptions est parfois si lointain, si imperceptible, qu'il n'existe plus, pour ainsi dire ; — et ensuite, si l'on prétend qu'il ne s'annihile pas, il ne faut pas restreindre l'action aux citoyens, mais la donner aussi aux femmes, aux mineurs, etc.

Inutile : parce qu'il y aura toujours un nombre suffisant de personnes plus directement intéressées pour se pourvoir.

Dangereuse — et Bertolini le reconnaît — parce qu'il sera difficile de séparer le point de droit de la question de fait, la légalité de l'opportunité, — parce que les entraves ne manqueront pas à la liberté de l'administration, — parce qu'il surgira une masse de recours téméraires et inconsidérés, — parce que le juge de l'action populaire ne tardera pas à se substituer, par une jurisprudence constante et des décisions répétées, au pouvoir réglementaire, etc.

Donc, repoussons toute tentative en ce sens. Proposons les restrictions que voici :

1° « Aucun citoyen ne doit être admis à attaquer un acte visant une collectivité administrative donnée, que s'il en est membre (habitant, électeur, contribuable, propriétaire)

2° « Dans tous les cas où la règle législative mécon nue a été établie pour la protection d'intérêts particuliers, spéciaux, seuls les administrés chez qui ces intérêts auront été lésés, seront en droit de demander l'annulation de l'acte incriminé.

L'intérêt général se trouvera représenté par l'intérêt particulier ; ce sera une action à la fois publique et personnelle. N'avons-nous pas en matière pénale, l'action correctionnelle — action publique — que peut exercer, par voie de citation directe, la victime du délit, personnellement et directement intéressée ? Il n'y a qu'à étendre cette action au domaine civique. (1)

Il convient de remarquer avec M. Berthélemy (2) que « l'intérêt qu'on exige pour que le recours soit recevable n'est cependant pas la cause du recours : ce n'est pas pour donner satisfaction à cet intérêt que le Conseil d'Etat annulera. L'intérêt invoqué n'est que la justification du caractère sérieux que présente l'action, et c'est pour cela qu'un simple intérêt moral suffit. La cause de l'action, c'est le vice qu'on invoque et pour lequel on demande la nullité de l'acte ».

Cette observation nous conduit à l'étude des conditions de succès du recours.

1. En ce sens M. Baudouin, *op. cit. ad finem*.

2. Berthélemy. *Dr. adm.*, 2^e édit., p. 887.

§ 2. — *Conditions de succès*

Pour aboutir à l'annulation, l'individu doit alléguer un excès de pouvoir, ou une usurpation qui lui soit assimilée.

En matière administrative, on entend l'excès de pouvoir de façon large. Depuis Laferrière, on a coutume d'en distinguer quatre sortes :

1^o L'incompétence, qui comprend l'usurpation de pouvoir, c'est-à-dire l'empiètement sur les attributions législatives ou judiciaires, et l'incompétence proprement dite, qui désigne les empiètements d'un administrateur sur les attributions d'un autre.

2^o Le vice de forme, qui présente toujours une certaine gravité au point de vue du droit individuel : car les règles de forme, limitatives de la liberté d'action de l'autorité administrative, sont édictées dans l'intérêt des administrés, et souvent même constituent leur seule garantie contre l'arbitraire : elles sont donc particulièrement précieuses en matière de police.

3^o Le détournement de pouvoir : « c'est le fait d'un agent de l'administration qui, tout en accomplissant un acte de sa compétence, et suivant les formes prescrites, use de son pouvoir discrétionnaire dans un but et pour des motifs autres que ceux en vue desquels ce pouvoir lui a été attribué, c'est-à-dire, qui tout

en restant fidèle à la lettre, soit de l'esprit de sa fonction ». (M. Hauriou.)

4° *La violation de la loi et des droits acquis.* — Cette ouverture résulte de l'assimilation au recours pour excès de pouvoir d'un recours différent.

Selon nous, cette classification n'est plus complète. Nous avons distingué les cas où l'administration est incompétente, — *ratione materiæ* (en y comprenant l'usurpation de pouvoirs), — *ratione loci*, — à raison du défaut de formes, des conditions de temps et de lieu, — à raison du caractère impersonnel ou collégial, — à raison du caractère obligatoire de la fonction, — à raison de la destination légale du pouvoir. « Ce sont autant de conditions mises à l'activité de l'administrateur. La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1793, article 4 posait le principe : « La garantie sociale ne peut exister, si les limites des fonctions publiques ne sont pas clairement déterminées par la loi. » Toute violation de ces limites est un excès de pouvoir. Et, comme toutes les limitations de la compétence sont inspirées par l'idée de « garantie sociale », la sanction sous-entendue est la nullité de l'acte pour cause d'excès de pouvoir. « Il est bien certain que toute nouvelle limitation de la compétence amène un nouveau chef d'excès de pouvoir. Il est donc arbitraire d'établir une fois pour toutes, *ne varietur*, la liste

des excès de pouvoir. C'est indirectement entraver le contrôle de la légalité. » (1).

Il importe maintenant de distinguer nettement les violations objectives des violations subjectives de la loi et d'insister sur ces dernières, car ce sont les plus fréquentes en matière de police.

La loi trace aux autorités un domaine d'action objectif, soit en énumérant les choses qui leur sont permises sous certaines conditions, soit en leur fixant un cadre plus ou moins vague dans lequel elles peuvent évoluer. Si elles excèdent ce domaine, si elles font un acte en dehors de ceux qui ont été prévus, si elles ne s'astreignent pas à toutes les conditions voulues, elles agissent sans droit et c'est un « défaut de droit » qu'on leur reprochera. Elles se mettront dans ce cas pour les cinq premières violations de compétence que nous avons rappelées ci-dessus : ce sont des violations objectives de la loi.

Mais il est un autre élément d'appréciation que la loi indique rarement, qu'elle sous-entend bien plutôt : c'est la mesure dans laquelle l'autorité s'est conformée à la finalité de ses pouvoirs (*Zweck im Recht*), car tout droit est appelé à suivre une direction, une orientation déterminée, qui est marquée bien plus par l'esprit originel de l'institution et surtout par l'état social, les mœurs, les aspirations du présent que par

1. Année adm., 1904.

les textes eux-mêmes. C'est là un côté abstrait, subjectif, psychologique des pouvoirs qui ont été conférés à l'autorité ; si elle le méconnaît, elle « détournera ses pouvoirs de leur but », elle violera la loi subjectivement et c'est un « abus de son droit » qu'on lui reprochera. Comme on le voit, cette violation subjective du droit s'appelle « détournement de pouvoir », si elle émane de l'administrateur, et « abus des droits », si elle émane des particuliers, Que l'abus du droit soit invoqué devant les tribunaux judiciaires pour obtenir une indemnité, la restitution de l'état de choses antérieur ou telle sanction en nature qui empêche le retour du préjudice causé, alors que le détournement est invoqué devant le Conseil d'Etat pour obtenir l'annulation de l'acte, il n'empêche que l'un et l'autre représentent la même déviation subjective du droit. (1)

M. Laferrière (2) semble avoir introduit dans l'histoire du recours pour excès de pouvoir une logique artificielle : pour lui, et pour bien des auteurs à sa suite, le point de départ serait la loi des 5-14 octobre 1790, ne visant que l'incompétence ; la jurisprudence aurait interprété le texte de façon à y faire rentrer successivement le vice de pouvoir et le détournement de pouvoir. « Texte d'occasion », dit

1. Cf. Jossierand. *De l'abus des droits*. Paris, 1905, p. 75 et Tissier. *Revue crit.*, 1904, p. 509 et s.

2. Laferrière. *Jur. adm.*, II, p. 402 et s.

M. Berthélemy. « Trompe l'œil », dit M. Artur (1). En effet, le Conseil d'Etat ne l'a invoqué que vers 1830, pour la première fois. En réalité, l'excès de pouvoir est une admirable construction jurisprudentielle.

Le Conseil d'Etat s'est, dès l'origine, appuyé sur la violation du droit et tous les genres de recours se sont produits simultanément. M. Artur cite à l'appui de son assertion une copieuse série d'arrêts, annulant, dès le début du siècle, non seulement les empiètements de l'administrateur sur les fonctions du juge, ceux de l'autorité administrative sur les tribunaux administratifs et ceux d'une autorité administrative sur une autre autorité administrative, mais encore le vice de forme, le détournement de pouvoirs et la violation de la loi et des droits acquis. Et M. Artur montre leur étroite connexité : « Si l'on songe, dit-il, aux violations grossières, outrageuses, si l'on remarque que beaucoup de ces violations impliquent de la part de l'administrateur, passion, brutalité, arbitraire, ignorance ou légèreté qui dépasse les bornes, détournement de pouvoir, on trouvera que la différence entre la violation de la loi et l'excès de pouvoir se réduit à une nuance ou même s'évanouit tout à fait. La violation de la loi implique souvent de la part de

1. Artur. *Sép. des pouv. et sép. des fonctions*, p. 310 et s.

l'administrateur une usurpation plus grave que les simples empiètements sur le juge ou sur une autre autorité administrative, savoir une usurpation sur le législateur. Quand un administrateur interdit de travailler le dimanche, au mépris de la liberté du commerce et de l'industrie, quand il ordonne à tous les habitants d'une commune de tendre leurs maisons pour le passage d'une procession au mépris du droit qu'ont les citoyens de ne pas le faire de par la liberté de conscience, ou de pavoiser pour la fête nationale au mépris de la liberté civile, politique et individuelle, n'abuse-t-il pas de son pouvoir de police pour imposer aux administrés ses idées, ses caprices et ses passions ? »

En matière de police, c'est le détournement de pouvoir qui est le plus à craindre. M. Artur le rapproche des autres ouvertures à recours et présente une conception intéressante qui doit nous retenir quelque peu.

« On part, dit-il, de l'idée fausse que le but d'un acte dépend de la volonté nue, on prête à cette volonté une sorte de liberté créatrice, et l'on conclut que le détournement de pouvoir est un vice purement subjectif ou intentionnel. Il ne l'est pas plus que les autres excès de pouvoir. On oublie de voir que l'acte entaché de détournement de pouvoir est extérieurement et par ses prescriptions même ou par ses circonstances en dehors des limites de la loi ;

qu'il constitue une violation matérielle et objective de la loi. — Une dernière raison qui a fait considérer le détournement de pouvoir comme une catégorie d'excès de pouvoir à part, plus subtile et moins caractérisée, c'est qu'il est parfois difficile à discerner et à prouver. Cette difficulté est d'ordre purement pratique. — Pour établir le détournement de pouvoir, on n'en est pas ordinairement réduit comme on le croit généralement, à lire dans les intentions de l'administrateur... Cela n'arrive qu'assez rarement, et seulement dans le cas où un acte cadre avec plusieurs intentions et plusieurs buts. Le plus souvent, les motifs de l'administrateur sont inscrits dans l'acte même, dans ses prescriptions ou dans les circonstances qui l'ont provoqué, accompagné, et qui laissent voir sa véritable raison d'être.

« On ne peut faire intervenir l'idée de détournement de pouvoir qu'en montrant qu'il existe deux domaines voisins dont la limite a été franchie par l'administrateur : — le domaine de l'administrateur et celui du juge ; — le domaine de la légalité et de l'illégalité : c'est le cas où le détournement de pouvoir se résout en une violation de la loi et des droits acquis. » (1).

1. Artur. *Rev. de droit public*, nov.-déc. 1903, p. 461. — Dans le même sens M. Hauriou. *Jour. du Palais*, 1906, 9^e, p. 113. « Les ouvertures sont essentiellement pour ouvrir le recours et non pas pour l'enfermer... Le détournement de

Nous n'acceptons pas complètement ces conclusions. Si un acte se trouve confiné dans les limites objectives du domaine d'une autorité, s'il n'est pas reprehensible extrinsèquement, il peut l'être intrinsèquement si l'on considère l'état d'âme de son auteur à l'instant de la décision. C'est ce qui arrive fréquemment en matière de police, où les pouvoirs sont très lâches. Il n'y est pas rare qu'un même acte « cadre avec plusieurs intentions et avec plusieurs buts », selon les termes mêmes de M. Artur. C'est là que l'inquisition psychique présente toute son utilité ; qu'elle révèle si le pouvoir discrétionnaire de l'administration a reçu la direction, la finalité sous-entendue dans la loi. On sent alors tout le prix de cet instrument du détournement de pouvoir, fabriqué de toutes pièces par le Conseil d'Etat sur le chantier administratif comme une arme excellente pour plonger au défaut même de la cuirasse.

§ 2. — *Facilités pour intenter le recours*

On a tenu à ouvrir largement l'accès du prétoire aux plaignants et on leur a accordé :

1^o La dispense de tous frais, sauf de timbre et d'en-

pouvoir est à la fois une espèce d'incompétence et une espèce de violation de la légalité ; la violation de la loi à son tour est une espèce de détournement de pouvoir. Grâce à ces affinités, le recours se développe et avance toujours, pourchassant l'excès de pouvoir sous toutes ses formes. »

registrement. La loi du budget du 17 avril 1906, article 4, prescrit l'enregistrement en débet ; les droits ne sont dus finalement qu'au cas de rejet total ou partiel de la requête et en cas de non-lieu à statuer (à moins que cette décision ne soit motivée par le retrait de l'acte attaqué).

2° La dispense du ministère de l'avocat. (Décret du 2 novembre 1864.)

3° La possibilité d'intenter le recours *omisso medio*, c'est-à-dire sans qu'il faille au préalable porter le litige devant le Conseil de préfecture, quand c'est possible, ni adresser de recours gracieux à l'autorité dont émane l'acte ou à son supérieur hiérarchique.

§ 4. — *Effets du recours*

Le Conseil d'Etat ne peut qu'annuler. Il ne peut réformer, substituer une nouvelle décision, prescrire les mesures qui sont la conséquence de l'annulation ; il ne peut statuer sur les réclamations pécuniaires accessoires.

Le juge fait acte de subsomption ; sa volonté ne joue aucun rôle dans l'acte judiciaire. Qu'eût été l'acte fait par l'autorité compétente ? La logique ne l'indique pas : seule l'autorité compétente pourra répondre à cette question, après annulation de l'acte par le juge (1). Si le Conseil d'Etat ne s'en tenait pas

1. Barthélemy. Thèse citée.

à l'annulation, il y aurait violation de la séparation des fonctions d'administrer et de juger. Nul tribunal ne peut adresser d'injonctions à l'administration. Or le Conseil d'Etat statuant au contentieux est un tribunal.

Quels sont les effets de la décision du Conseil d'Etat ?

1^o Supposons le rejet du recours :

Pour le demandeur et pour les tiers, on applique l'article 1351 du Code civil, prescrivant l'autorité relative de la chose jugée. Quant à l'administration, elle pourra maintenir ou retirer sa mesure.

2^o Supposons l'annulation :

Une particularité curieuse apparaît : l'effet se produite *erga omnes*, en cas d'annulation, tandis qu'il est relatif en cas de rejet. Si donc l'acte attaqué était un règlement de police municipale, l'annulation profite à tous les habitants de la commune et même toutes les poursuites engagées pour contravention tombent de plein droit. (Cass., 25 mars 1882. Darsy.)

Pour l'administration, il y a tels cas où elle pourra reprendre l'acte, mais régulièrement, et tels autres où elle devra s'abstenir, sous peine de nouveau pourvoi.

Cet effet *erga omnes* de l'annulation s'explique historiquement, rationnellement et pratiquement :

Historiquement, par l'ancienne confusion des pouvoirs du juge et de l'administrateur dans les mains du chef de l'Etat.

Rationnellement : 1° par le principe d'égalité qui s'oppose à ce que l'acte attaqué avec succès continue à être en vigueur et à produire des effets lésifs contre ceux qui n'ont pas assez l'expérience de la vie judiciaire pour faire déclarer leur droit ; 2° et par la nature même des actes de puissance publique qui sont toujours à quelque degré, d'intérêt collectif. Pratiquement, par l'utilité de « contraindre chacun des autres intéressés, qui peuvent être cent, mille, un million, à former contre l'acte illégal, dans le même délai, le même recours, fondé sur les mêmes moyens, devant la même juridiction, afin d'aboutir au même arrêt, quand un seul requérant peut représenter le « bloc » des intéressés (1). »

La décision rendue sur le recours pour excès de pouvoir est susceptible d'un recours en revision (art. 33. D 22 juillet 1806 et art. 23 § 2, loi du 24 mai 1872), mais la tierce opposition n'est pas recevable contre elle, même de la part des intéressés qui, dans l'instance, auraient pu intervenir spontanément. (C. E., 8 déc. 1899. Ville d'Avignon.)

Des auteurs (2) et le Conseil d'Etat lui-même en donnent pour raison que « le recours pour excès de pouvoir n'a pas le caractère d'un litige entre parties ».

1. Cruet. *op cit.*, p. 281.

2. Hauriou. *Précis*, 5^e édit., p. 461. — *Rev. gén. d'adm.* 1900. I. 158.

N'est-il pas plus simple de dire que l'effet *erga omnes* entraîne cette conséquence ?

SECTION II

Recours indirect. — Exception d'illégalité

Deux principes sont admis en France :

1^o Les actes de puissance publique sont de la compétence des tribunaux administratifs ;

2^o Les tribunaux judiciaires n'ont pas qualité pour interpréter les actes d'administration ni pour en contester la validité.

Cependant une exception existe pour les règlements. Les tribunaux ordinaires peuvent en connaître. En vertu de l'article 471-15^o, ils ne doivent appliquer que les règlements « légalement faits ». C'est le texte qui leur permet d'en examiner la légalité.

On a voulu donner différentes raisons de leur pouvoir. La meilleure, bien qu'encore insuffisante, puisqu'elle ne s'applique qu'aux tribunaux répressifs, est due à M. Laferrière : « La compétence judiciaire dérive, non de la nature de l'acte, mais des droits qui sont inhérents à l'exécution de la justice pénale, et en vertu desquels les tribunaux de répression ont en principe, plénitude de juridiction sur toutes les

demandes et exceptions tendant à l'application des peines.

L'exception d'illégalité, comme l'exception d'inconstitutionnalité aux Etats-Unis, suppose *lis mota*.

Quels tribunaux peuvent en connaître ? Les tribunaux civils, les tribunaux commerciaux et les tribunaux répressifs. C'est devant ces derniers qu'elle est le plus fréquemment soulevée ; ordinairement, c'est le tribunal de simple police qui est saisi, à raison des contraventions ; cependant les tribunaux correctionnels peuvent l'être aussi : la loi du 15 juillet 1845, article 21, sur la police des chemins de fer, prévoit une amende et une détention qui sont des peines correctionnelles.

Quels actes peuvent être l'objet de l'exception ?

Les règlements seuls, et tous les règlements, sans distinguer l'autorité dont ils émanent. Cette exception est particulièrement précieuse, en ce qui concerne les règlements d'administration publique, puisque la jurisprudence, au risque de la plus regrettable contradiction, n'admet pas contre eux le recours pour excès de pouvoir.

Pour les cas d'illégalité, il n'y a pas d'énumération limitative à faire. M. Artur (1) a montré que tous les cas d'excès de pouvoir, se retrouvent dans la jurisprudence judiciaire, et cela dès l'origine.

1. Artur, *op. cit.*, p. 310 et s.

Quel est le pouvoir des tribunaux ? Ils ne jugent que de la légalité du règlement ; ils ne peuvent apprécier, ni leur opportunité, ni leur sévérité excessive, ni la difficulté plus ou moins grande qui pourrait se présenter dans l'exécution (1), ni même leur conformité avec la civilisation française (2). Ils doivent simplement refuser d'appliquer le règlement ; ils ne peuvent l'annuler, ni le réformer.

Quels sont les effets de l'exception ? 1° Il y a relativité de la chose jugée (art. 1351) ; 2° Le recours indirect est absolument indépendant du recours pour excès de pouvoir. Il peut être employé quand le délai de deux mois est passé pour l'annulation. On peut se pourvoir au Conseil d'Etat après que l'exception a été soulevée et des décisions contradictoires pourront en résulter. Cependant, si le recours pour excès de pouvoir a réussi antérieurement, l'annulation par le Conseil d'Etat s'impose aux tribunaux.

1. Cass., 24 février 1881. S. 81. I. 485.

2. Cass., 11 janvier 1878. S. 79. I. 332.

CHAPITRE IV

Recours contre les mesures de police individuelles

§ 1. — *Régime général*

Nous savons que, contre les mesures individuelles, il n'y a, en principe qu'un recours, le recours pour excès de pouvoirs. Nous n'avons pas à revenir ici sur cette voie de droit, examinée plus haut. Cependant il convient de signaler une particularité relative au délai. Il est de deux mois, mais en ce qui concerne les actes susceptibles d'une notification individuelle, il court à partir du jour de la notification. A défaut de notification, la jurisprudence admet que le délai court du jour de l'exécution de la décision attaquée, à la condition que cette exécution ait atteint le requérant (1). Il reste à savoir

1. C. E., 15 nov. 1901. Union mutuelle des propriétaires lyonnais.

quels sont les actes qui doivent être notifiés et quels sont ceux pour lesquels la publication suffit. Nous dirons, avec M. Hauriou (1) : sont générales et réglementaires et, par conséquent, deviennent obligatoires par simple publication, les dispositions administratives qui s'adressent à un public, c'est-à-dire à une collectivité de gens où puisse être légitimement présumée la solidarité de l'avertissement mutuel, — par exemple qui sont entre eux dans des relations de voisinage (2) ou de profession (3) et sont visés dans un des intérêts que ces relations de voisinage ou de profession rendent communs, — ou qui font usage d'une même chose commune ou publique, telle qu'une rue, un bâtiment public, un chemin de fer, un tramway, etc. En dehors de ces hypothèses, l'acte devra être présumé individuel et le délai du pourvoi ne courra qu'à partir du jour de la notification.

Lorsque le recours a été précédé d'un recours hiérarchique, il y a une difficulté spéciale. Le recours hiérarchique ne maintient le droit de former plus tard un recours contentieux que s'il est intenté dans le délai où ce dernier même devrait l'être. Cette ques-

1. S. 1904. 3. 33.

2. C. E., 24 janv. 1902. Avézard. S. 1904. 3. 33.

3. C. E., 15 nov. 1901. Union mutuelle des propriétaires lyonnais, 1893. Chambre syndicale des entrepreneurs de voitures de place.

tion, qui a été très discutée, est tranchée maintenant par de nombreux arrêts du Conseil d'Etat (1). Il est donc toujours prudent, bien qu'en lui-même le recours hiérarchique ne soit soumis à aucun délai, de l'intenter dans les deux mois, surtout pour le cas où il aboutirait une confirmation : quand il n'aboutit pas à une confirmation, il y a décision nouvelle du ministre, à partir de laquelle court un nouveau délai ; mais dans le cas de confirmation où il ne se produit pas de décision nouvelle que l'on puisse attaquer, tout recours contentieux serait perdu.

Lorsque les contestations se prolongent entre l'Administration et le réclamant et donnent lieu à des décisions répétées, si celles-ci sont confirmatives, le point de départ du délai remonte à la première décision, ce qui entraîne évidemment la forclusion du réclamant.

Quant à l'exception d'illégalité, le principe est celui-ci : jamais un tribunal judiciaire ne peut refuser d'exécuter les arrêtés de police ; aucun ne contient de sanction pénale : la question de légalité ne saurait donc jamais se poser devant les tribunaux répressifs (2).

Mais, dans le cas où l'autorité sortirait, non seu-

1. C. E., 13 avril 1881. Bausais. — 14 janv. 1887. Union des gaz. — 28 janv. 1888, Ponsard. — 14 mai 1890, Ville de Constantine. — 11 nov. 1898, Labro. — 19 mai, Rémy.

2. M. Larnaude, à son cours (1904-1905).

lement de ses attributions, mais même du champ administratif, le principe de la séparation des pouvoirs ne s'opposerait pas à ce que la partie lésée réclamât l'assistance des tribunaux. La décision, en effet, ne serait pas seulement susceptible d'annulation, elle serait inexistante en droit (1).

Nous avons vu aussi que certaines catégories de personnes frappées par une décision de police sont soumises à un régime spécial pour les recours. Nous allons maintenant examiner brièvement leur condition.

§ 2. — Régime spécial

A. — *Prostituées* (2). — Il importe beaucoup ici de distinguer le régime de droit du régime de fait, en ce qui concerne les recours.

En droit, la fille inscrite d'office, peut soulever l'exception d'illégalité : poursuivie pour refus de se présenter aux visites sanitaires, elle demandera à prouver que la qualité de prostituée lui a été attri-

1. Laferrière. *Jur. adm.*, 2^e édit. I, p. 478-480.

2. *Revue pénit.*, 1904. Rapport de M. A. Gigot et discussion.

Répertoire Decourcelle. V^o Débauche.

Répertoire général de droit français. V^o Police.

Dict. de l'adm. fr., Block et Maguero, 1905. V^{ls} Police. Débauche (on y trouvera le régime de la prostitution à l'étranger).

Thèse Dolleans. *Police des mœurs*, 1903.

Bluzet. *La prost. officielle et la police des mœurs*, 1906.

buée à tort (1), ou que l'arrêté ne lui a pas été notifié. Le tribunal de simple police ne saurait cependant annuler l'arrêté d'inscription.

Elle peut aussi demander la réformation de l'arrêté, non seulement par la voie gracieuse et hiérarchique au préfet et ensuite au ministre de l'Intérieur, mais aussi par la voie contentieuse au Conseil d'Etat, après épuisement des juridictions préfectorale et ministérielle. Enfin, le juge civil est compétent pour statuer sur les dommages-intérêts qui seraient réclamés (2).

En fait, quel est le régime ? Il faut distinguer entre Paris et les départements. « A Paris, si la fille réclame, elle est conduite devant une commission composée du préfet ou de son délégué, le chef de la 1^{re} Division, assisté de deux commissaires de la ville appelés à tour de rôle ; la commission statue après avoir entendu la personne arrêtée et les agents ; lorsque la Commission n'a pas été présidée par le préfet personnellement, la décision doit être ratifiée par lui. C'est une garantie, mais non juridictionnelle.

Quant au recours au Conseil d'Etat pour excès de

1. Cass., 17 janv. 1862. D. 62.1.445. — 24 nov. 1865. *Bull.*, n° 208. D. 66.1.140. — 8 mars 1866. D. 66.1.141. — 22 mars 1872. D. 72.1.155. — 18 nov. et 15 déc. 1876. D. 77.1.331 et 509. — 8 fév. 1883. *Bull.*, n° 39. — 26 nov. 1892. D. 93.1.462. — 14 nov. 1896. D. 97.1.236.

2. Trib. confl., 30 juillet 1873. D. 74.3.5. — Tr. Auch., 10 mars 1873, 74.2.170. — *Contra*. Agen, 27 juin 1873. D. 74.2.169.

pouvoir, il est en fait impossible à exercer (M. Sa-
leilles). « On ne dresse pas procès-verbal, car on
n'obtiendrait qu'une sanction dérisoire (art. 471 § 15);
on inflige une peine disciplinaire » qui, actuellement,
va jusqu'à un mois.

« En province, au moins dans les villes, on dresse
procès-verbal contre la fille; on la traduit en simple
police pour contravention à l'arrêté municipal; elle
a la ressource de discuter devant le juge de paix la
légalité de l'arrêté. »

Ce régime est illégal. Arrêter les filles pour infrac-
tion aux règlements de police, infliger des peines
disciplinaires, c'est de la répression administrative
toute pure : *nulla pœna sine lege*. (Cass., 28 nov.
1902 et arrêt de la Cour de Lyon, 28 janv. 1904.)

On ne peut cependant contester l'utilité du sys-
tème. Ce sont des « moyens de lutter contre certains
fléaux qui n'ont été créés que par des lois d'usage »;
mais ce sont là les meilleures, dit M. Larnaude.

S'il en est ainsi, pourquoi ne pas les faire recon-
naître par les Chambres? « Je ne vois pas en quoi il
y aurait un danger quelconque à ce qu'une loi vînt
investir les fonctionnaires de l'ordre administratif
d'un rôle quasi-judiciaire leur permettant de faire
légalement ce qu'ils font aujourd'hui », observe
M. Berthélemy. M. F. Dreyfus ajoute : « Il n'y a pas
plus de lois honteuses qu'il n'y a de maladies hon-
teuses. » La loi de 1873 sur l'ivresse publique a bien

prévu elle-même l'arbitraire de la police ; avec l'aide de M. Bérenger, une semblable loi n'est pas impossible pour la prostitution et le Parlement est entré dans cette voie par la loi sur la Traite des Blanches. Il faut bien reconnaître en effet qu'un peu d'arbitraire est indispensable à la police. « Quand nous lui demandons de nous protéger sans relâche, du matin au soir et du soir au matin, nous ne pouvons exiger qu'elle ait toujours, comme la justice, le Code à la main. Et quand il s'agit de prostituées, qui encombrement et déshonorent la voie publique, qui, par métier, contaminent la population, il me semble qu'il ne faut pas pousser jusqu'au fétichisme le respect de la liberté individuelle (M. Saleilles). C'est notre sentiment ; nous demanderons seulement, avec M. Feuilleux, qu'une loi détermine exactement les pouvoirs de la police, et qu'elle organise ou facilite davantage une voie de recours au profit des filles inscrites contre leur volonté.

B. — *Etrangers expulsés.* — Les arrêtés préfectoraux ou ministériels pris en vertu des art. 7 et 8 de la loi du 3 déc. 1849 et de l'art. 272, C. pén. sont eux-mêmes des mesures de haute police, des actes d'administration pure qui, en principe ne sont pas susceptibles de recours (1).

1. C. d'Et., 4 août 1836. Pal. chr., t. II, 3. 36. — 8 décembre 1853. D. p. 54. 3. 85. — Cass., 3 juin 1872. Sir. 72. 1. 186. — 8 février 1876. Sir. 76. 1. 198.

Toutefois, lorsque la mesure est entachée d'abus de pouvoir, c'est-à-dire quand celui qui en souffre soutient qu'elle a été prise, non point dans les limites où l'autorité pouvait procéder avec toute liberté d'appréciation, mais en dehors, — si par exemple, l'expulsé prétend qu'il n'est pas étranger ou que l'arrêté a été pris par le préfet d'un département non frontière, — le recours par la voie contentieuse doit certainement être ouvert (1).

Dans tous les cas, lorsque l'expulsé a enfreint un arrêté d'expulsion et qu'il excipe devant la juridiction répressive, à titre de défense, de l'illégalité de l'acte, les tribunaux ne peuvent pas se dispenser de l'apprécier, non au point de vue de la mesure elle-même, de son opportunité, mais de la compétence de l'auteur de l'arrêté (2).

C'est également au juge de répression qu'il appartient de résoudre la question de nationalité. Le juge de l'action est en effet le juge de l'exception (3).

Sans doute des considérations de sécurité nationale, de politique étrangère empêcheront toujours de discuter l'opportunité des arrêtés d'expulsion. D'autre part ; ces décisions requièrent une célérité

1. C. d'Et., 12 décembre 1884. Lebon chr., p. 276. — 14 mars 1890. — Lebon chr., p. 290.

2. C. d'Et., 14 mars 1884. D. p. 85. 3. 9 ; Sir. 86. 3. 2.

3. Cass., 7 décembre 1883, n° 279. — Paris, 11 juin 1883. Sir. 83. 2. 177. — Lyon, 2 août 1890. S. 91. 2. 173.

dont l'administration seule est capable : on ne saurait donc confier à la justice le soin d'expulser des étrangers suspects, d'autant que, bien souvent, il s'agit d'une simple mesure préventive.

Mais on pourrait demander au législateur de limiter les cas et les motifs d'expulsion, comme le font les lois anglaise de 1905 et belge du 6 février 1885. Il faut reconnaître en effet l'inefficacité des recours : les motifs de l'expulsion ne peuvent pas être discutés ; — les formes imposées à l'administration sont trop peu gênantes pour que l'expulsé triomphe dans le recours direct ou indirect ; — d'autre part les éléments de la faute personnelle de l'agent poursuivi en dommages-intérêts sont trop difficiles à réunir pour que l'étranger obtienne quelque compensation. C'est donc au législateur de poser d'étroites conditions pour la sauvegarde de la liberté individuelle.

C. — *Aliénés internés par mesure de police* (1). — Nous n'avons à nous occuper ici que des cas où

1. Cf. Ducrocq. *Cours de droit adm.*, 7^e édit., 1898, t. III, n° 1129.

De Crisenoy. *La loi et les aliénés.*

Bull. Soc. d'Et. leg. Compte rendu de M. Bernard, 1903, II, p. 446. — Rapport de M. Larnaude, 1904, I, p. 25 et suiv., p. 85 et suiv. ; 1905, I, p. 105, 185 et suiv. Proposition de loi de M. F. Dubief. Débats Ch., 1902, p. 1817, 2103, 2751. — Doc. parl. Ch. S. O., 1903, p. 423 (Rapp. par M. Dubief). — Déb. parl. Ch. S. O., 1907. Séances de 14-22 janv., p. 15 et suiv. — *Rev. pénit.*, juill., oct. 1907. Art. de M. Decante

l'aliéné peut être atteint par une mesure de police, c'est-à-dire du placement d'office et de la sortie d'un malade présentant des dangers soit pour la société, soit pour les siens, soit enfin pour lui-même. Mais précisément ces cas sont les plus intéressants, parce que ce sont eux qui mettent en jeu le plus d'intérêts opposés.

Nous nous trouvons en présence ici :

1^o De l'intérêt de l'aliéné : « La question primordiale, qui domine tout, c'est une question de maladie, et pour apprécier la maladie, les médecins seuls sont compétents » ;

2^o De l'intérêt de la société, qui veut être sauvegardée ;

3^o De l'intérêt de la famille, qui tient avant tout à cacher ce qu'elle considère comme une tache ;

4^o De l'intérêt de la justice, gardienne de la liberté individuelle ;

5^o De l'intérêt de l'administration : « Soutenue par le corps médical qui croit pouvoir mieux s'entendre avec elle qu'avec la justice, elle fait remarquer avec force que, par sa nature même, par ses caractères, par l'objet même des fonctions qu'elle accomplit, elle est plus qualifiée que la justice pour procéder aux mesures d'internement et collaborer avec le médecin. N'a-t-elle pas la souplesse, l'initiative, qui manquent totalement à cette dernière ?

Il faut protéger l'aliéné contre tous ces pouvoirs :

« Il faut le protéger contre la justice, qui est trop lente et trop solennelle, contre l'administration qui ne l'est pas assez ; il faut le protéger contre le pouvoir familial lui-même, qui devient si facilement oppresseur quand son intérêt est en jeu, et peut-être enfin faut-il aussi le protéger contre cet autre pouvoir ; le pouvoir médical, les médecins que l'on accuse à tort, sans doute, de voir des aliénés un peu partout. » (1).

Voilà toutes les difficultés de la question. Elles prennent une acuité particulière, lorsqu'il s'agit d'un malade inquiétant pour la sécurité publique, que l'autorité de police se voit obligée de faire interner d'urgence ou de maintenir dans l'asile, quand sa sortie a été obtenue. Toutes les précautions ont-elles été prises dans notre législation pour sauvegarder la liberté individuelle ? Les législations étrangères n'ont-elles pas de meilleures institutions ? Quelles propositions a-t-on faites et peut-on faire pour parer aux inconvénients révélés par la pratique. Tel est l'ensemble des points qu'il convient ici d'examiner.

Système administratif. — Législation française.
D'après l'article 19 de la loi du 30 juin 1838, les commissaires de police de Paris et les maires dans les

1. Rapport de M. Larnaude, *loc. cit.*, p. 32.

autres communes, peuvent ordonner, en cas de danger imminent, attesté par un certificat médical ou par la notoriété publique, toutes les mesures provisoires nécessaires pour mettre l'aliéné hors d'état de nuire : dans les vingt-quatre heures, ils en réfèrent au préfet, qui statue définitivement et peut ordonner d'office (art. 18), le placement dans un établissement d'aliénés, de toute personne interdite ou non interdite dont l'état d'aliénation compromettrait l'ordre public ou la sûreté des personnes. L'autorité préfectorale peut aussi convertir un placement volontaire, opéré par la famille, en un placement d'office, afin d'empêcher la sortie d'un aliéné dont l'état lui paraît encore une menace ou un danger pour la société. Cette « recommandation » est faite par le préfet, soit de sa propre initiative, soit sur la demande du maire qui peut, sur l'avis du médecin, empêcher pendant quinze jours la sortie de l'aliéné, lorsqu'elle est requise par la famille (art. 14). Toutes les mesures prises sont notifiées administrativement à l'autorité judiciaire et à la famille.

Y a-t-il un recours contre le placement ordonné par l'autorité ? Non : le placement est complet, définitif, avec l'arrêté du préfet.

D'après l'article 29, l'aliéné lui-même, son tuteur, son curateur, tout parent ou ami peuvent bien se pourvoir immédiatement devant le tribunal du lieu de l'établissement, qui, après les vérifications néces-

saies, décidera, s'il y a lieu, en Chambre du conseil sans en indiquer les motifs, la sortie immédiate de l'interné. « Seulement ce n'est pas là une action dirigée contre le placement qui, en tant que placement est inattaquable. C'est une action en sortie qui peut, dit l'article 29, être intentée à toute époque, et aussi bien dans le cas de placement volontaire que dans le cas du placement d'office. Et la sortie qui est ordonnée par le tribunal est de même nature que celle qui peut être ordonnée par le préfet » (1) ; elle sera due à ce fait, que l'intéressé n'est pas fou au moment où la requête est déposée et non au caractère irrégulier du placement.

De la sorte, il n'y a pas de recours direct contre l'arrêté préfectoral.

Il n'y en a pas davantage contre l'ordre de sursis provisoire à la sortie, qui émane du maire, lorsque le préfet ne le contremande pas dans la quinzaine. Préfet et maire échappent à toute voie de droit. Sans doute, on ne sache pas de cas où ils aient abusé de leurs pouvoirs. Néanmoins, l'arbitraire est toujours à craindre. D'autres pays n'ont-ils pas mieux organisé la sauvegarde des êtres trop facilement taxés d'aliénation ?

Système mixte. — La loi luxembourgeoise du

1. Rapp. de M. Larnaude, *loc. cit.*

7 juillet 1880 a constitué pour ainsi dire un défenseur d'office à l'individu présumé aliéné. Un juge du tribunal, membre du « comité permanent de surveillance », vient vérifier, dans les six jours de l'internement si les conditions légales de l'internement ont été remplies.

S'il reconnaît qu'elles ne l'ont pas été, il peut se pourvoir devant le président du tribunal qui, après les vérifications nécessaires, ordonnera, s'il y a lieu, la sortie immédiate.

D'autres législations ont accentué davantage l'intervention de la justice.

Systèmes judiciaires. — La loi hollandaise du 27 avril 1884 remet au ministère public le soin d'ordonner le placement d'office.

« En Angleterre, c'est un *constable relieving officer* (commissaire des pauvres) ou un *overseer of parish* (surveillant de paroisse) qui requiert le placement.

Tout « *lunatic* » a le droit de demander à être vu par un juge. La loi suppose en effet, ce qui doit arriver assez fréquemment, que le malade a été interné (il s'agit d'un *private patient* ou aliéné non indigent) sur un ordre du juge, sans qu'il soit fait mention dans l'ordre d'admission qu'il a été vu personnellement par ce juge. Dans ce cas, la loi prend bien soin de spécifier que l'aliéné a le droit absolu de demander un juge, d'être amené devant un juge autre que celui qui a délivré l'ordre et d'être examiné par lui.

Et voici comment est organisé pratiquement ce droit. Le directeur de l'établissement ou la personne qui a l'aliéné placé à domicile *a single patient* doit, dans les vingt-quatre heures, lui remettre une note écrite indiquant les droits que la loi confère à tout individu placé et séquestré, et s'assurer s'il veut les exercer. Et s'il en a manifesté l'intention, dans les sept jours de son admission on doit lui présenter à signer une déclaration conforme qui est transmise de suite aux autorités de justice compétentes. C'est en quelque sorte l'*habeas corpus* des aliénés.

« Les autorités médicales peuvent empêcher l'exercice de cette faculté en déclarant, dans les vingt-quatre heures, dans un certificat envoyé aux « commissioners in lunacy » que son exercice serait préjudiciable au malade ». (1).

Ces systèmes présentent des garanties très sérieuses. Aussi a-t-on proposé en France des réformes qui s'en sont très sagement inspirées.

Un premier projet émane de la Société d'Etudes législatives (2). Pour ce qui est des placements d'offices, le droit d'intervention a été limité ; il faut : 1^o que l'individu à interner compromette l'ordre public, la décence ou sa propre sûreté ; 2^o que les soins donnés par la famille soient insuffisants.

1. Rapport de M. Larnaude, *loc. cit.*

2. Rapports précités de MM. Bernard et Larnaude.

Dans les vingt-quatre heures de l'internement, un magistrat (juge de paix ou président du tribunal) visite l'aliéné et recueille ses observations ; il peut exiger la libération de l'individu si les conditions administratives n'ont pas été remplies. Dans tous les cas, il dresse un rapport adressé à la « commission des aliénés ». Celle-ci délègue aussitôt un de ses membres pour examiner l'aliéné, puis se réunit sous la présidence du « juge des aliénés ». Ce juge statue sur le maintien de l'internement après avis de la commission. « Cette décision n'est jamais rendue qu'en l'état et ne préjuge pas le fond » ; en partant de cette idée la commission a pu refuser, en principe, le droit de recours au tribunal contre cette décision ; dans une hypothèse, pourtant, il a paru nécessaire d'accorder un droit d'opposition : lorsque l'ordonnance du juge des aliénés est prise dans le sens de la libération de l'individu, on a jugé que le préfet, chargé de la sécurité publique, devait avoir le droit de faire réformer cette décision. L'opposition est alors posée devant le tribunal statuant en Chambre du conseil.

Pour ce qui est de la sortie des aliénés, on a réservé au préfet, comme aux personnes ayant opéré le placement, aux membres de la commission des aliénés, à celle-ci en temps que corps et au médecin de l'établissement, un droit d'opposition lui permettant de sauvegarder respectivement l'intérêt de la

sécurité publique et celui de la famille (au cas où ceux qui ont opéré le placement n'estiment pas la guérison accomplie) ou enfin l'intérêt de l'individu lui-même. L'opposition est jugée par le tribunal civil statuant en Chambre du conseil. Il reste entendu d'ailleurs que le préfet est du nombre des personnes qui peuvent requérir la sortie *de plano*.

Tel est, en ce qui nous occupe, le système de la Société d'Etudes législatives. On a très judicieusement considéré que si, comme le disait Vivien, rapporteur de loi de 1838, l'intervention de l'autorité administrative était imposée par la nécessité d'agir rapidement à l'égard de l'aliéné compromettant pour la sécurité publique, il suffisait d'autre part d'accorder à l'autorité administrative le droit d'ordonner le placement provisoire de l'aliéné, c'est-à-dire en quelque sorte, son internement préventif. La liberté individuelle se trouve très bien garantie par un double contrôle judiciaire lors du placement et par l'intervention du tribunal pour trancher les moindres conflits, qui, en cette manière, ont beaucoup de gravité.

Les propositions de réformes législatives ont également tenu à protéger très efficacement l'interné à la fois comme malade et comme titulaire de droits.

Nous ne remonterons pas jusqu'au 25 mars 1872, date du dépôt de la proposition Roussel, Jozon et Desjardins ; nous nous contenterons d'exposer des

idées qui ont été le résultat d'une longue élaboration, et qui ont abouti à la proposition déposée par M. Dubief, à la Chambre, le 1^{er} avril 1903 et votée par celle-ci le 22 janvier 1907 (1). Pour les placements d'office, les articles 26 et 27 donnent aux préfets et maires les mêmes droits que les articles 18 et 19 de la loi de 1838, mais le certificat médical circonstancié devient obligatoire pour les préfets. L'innovation capitale consiste en ce que ces placements d'office ne sont que provisoires : en effet, d'après l'article 18, le procureur de la République adresse ses réquisitions écrites, avec le rapport médical d'admission, les rapports médicaux de vingt-quatre heures et de quinzaine et le rapport de médecin commis par le préfet, s'il y a lieu, au président du tribunal de l'arrondissement où l'établissement est situé.

Le président statue sur la maintenue ou la sortie de la personne placée. Lorsque le président a des doutes, lorsqu'une opposition à l'internement a été formulée par l'aliéné, le conjoint, un membre de la famille, un ami, la décision sera prise par le tribunal qui statuera d'urgence, en Chambre du conseil. Toutes les fois que le tribunal ne croit pas devoir statuer définitivement, il ordonne, sous la réserve

1. Doc. parl. Ch., 1903. S. O. p. 423, n° 47, p. 506. — Déb. parl. Ch., 1907. Séances du 14 au 22 janvier.

de tous autres moyens d'information, une expertise qui sera faite contradictoirement par deux médecins dont l'un sera désigné par l'aliéné ou son représentant. La décision du tribunal est notifiée sur-le-champ au préfet et au chef responsable de l'établissement.

Désormais donc, l'aliéné ou son représentant auront un droit d'opposition directe contre l'arrêté de placement, et ce sera le tribunal, gardien de la liberté individuelle, qui décidera.

M. J. Reinach a fort bien précisé au cours des débats les raisons de fait qui militent en faveur de la compétence judiciaire : « C'est d'abord que le médecin le plus consciencieux, le plus droit, le plus scrupuleux attachera plus d'importance, plus de gravité à l'acte qui comporte l'intervention toujours un peu solennelle et un peu menaçante de la justice, qu'à la simple déclaration qui ne sera contrôlée que par l'autorité administrative ; — et en second lieu, qu'un tribunal, en Chambre du conseil ou qu'un président de tribunal ne rend pas ses jugements comme un préfet encombré de mille affaires diverses, signe souvent, sans les lire, les innombrables arrêtés qui ont été préparés par un chef ou par un sous-chef de bureau. Cette signature, d'où dépend la liberté d'un homme ; il est arrivé cent fois que le préfet l'a donnée machinalement, sans presque le savoir, sans se souvenir à l'occasion qu'il l'a donnée. » Enfin, sous le régime de la loi de 1838 « il est difficile de com-

battre la présomption d'aliénation qui résulte d'un internement définitif immédiatement après cet internement, autant que d'obtenir la revision d'un procès au lendemain même de la condamnation » (1) ; au contraire, avec le système du projet Dubief, ce n'est plus d'un internement définitif, mais d'une simple mesure provisoire, facilement contestable, qu'il s'agit de faire cesser les effets.

On a également entouré de garanties la sortie de l'interné d'office. Dès que le médecin traitant l'estime guéri, il avise le préfet qui doit ordonner la sortie (art. 31). Si le préfet dans les cinq jours ne l'a pas ordonnée, le chef de l'établissement est tenu d'envoyer copie de la déclaration du médecin au procureur de la République, lequel adresse ses réquisitions écrites au président du tribunal (art. 34) : c'est donc le tribunal encore qui d'office, arbitrera. On n'a pas pris moins de précautions contre la « recommandation ». L'article 32 qui donne au préfet le droit d'empêcher la sortie d'un aliéné jugé inquiétant porte : « Le maintien ainsi prononcé est soumis aux dispositions des articles 17 et 18 de la présente loi. » C'est-à-dire que c'est encore le président du tribunal qui statue sur la maintenue ou la sortie de la personne placée et que s'il a des doutes ou si une opposition est formulée par

1. Cruet, *op. cit.* p. 95.

l'aliéné ou ses représentants c'est le tribunal qui rendra d'urgence une décision définitive en Chambre du conseil, après expertise contradictoire si besoin est.

Enfin, pour sanctionner cette procédure, l'article 64 édicte un emprisonnement de cinq jours à un an et une amende de 50 à 3.000 francs ou l'une de ces deux peines contre tout chef d'établissement ou médecin qui n'aurait pas rempli les formalités prescrites.

Si la loi du 30 juin 1838, appliquée plus strictement, comme le ministre de l'Intérieur y invite les préfets par les circulaires des 18 juin et 10 novembre 1906, était de nature à sauvegarder utilement déjà la liberté individuelle, il est incontestable que le nouveau projet réalise un progrès considérable par l'introduction du contrôle judiciaire : nous ne pouvons donc qu'y souhaiter la prompte adhésion du Sénat.

D. — *Voyageurs sans passeport* (1). — L'obligation de se munir d'un passeport pour voyager, condition limitative du droit de libre circulation compris dans la liberté individuelle résulte des lois du 28 mars 1792 (art. 9) et du 10 vendémiaire an IV, (art. 6 et 7) confirmés par le paragraphe dernier

1. Garraud. *Tr. théor. et prat. de dr. pén.*, t. III, p. 367, 1899.

de l'article 179 de l'ordonnance du 20 octobre 1820 et l'article 271 du décret du 3 mars 1854. En conséquence, le voyageur auquel un passeport est réclamé doit, à défaut de présentation de ce titre, être conduit devant l'autorité municipale pour y être interrogé et mis s'il y a lieu, en état d'arrestation, — et à défaut de justification dans les vingt jours, de son inscription sur les registres d'une commune, il sera réputé vagabond et traduit devant le tribunal. La question délicate est de savoir si l'autorité administrative a le droit de mettre provisoirement en arrestation le voyageur sans passeport et de le retenir pendant vingt jours ? Deux avis en sens absolument opposés ont été rendus sur ce point par le Conseil d'Etat.

Les comités de législation et de l'intérieur ont déclaré le 14 août 1823 qu'il y a « nécessité » pour l'autorité administrative, de renvoyer l'individu arrêté sans passeport devant l'autorité judiciaire qui seule a le droit de s'assurer de sa personne, en décernant s'il y a lieu un mandat de dépôt. Mais les comités réunis ont décidé au contraire que « si l'on ne pouvait retenir dans les prisons les voyageurs arrêtés sans passeport que lorsqu'ils seraient prévenus du délit de vagabondage, les règlements sur les passeports deviendraient entièrement inutiles, puisqu'il suffit du Code pénal pour faire arrêter les prévenus de vagabondage ».

Ces deux opinions contraires accusent l'obscurité de la législation. Si les lois, décrets et ordonnances attribuent à l'autorité administrative le droit de faire détenir pendant deux décades, le voyageur sans passeport, il est certain que l'article 609 du Code d'instruction criminelle ne permet pas l'écrou dans une maison d'arrêt d'un individu qui n'est pas sous le coup d'un mandat ou d'un jugement. Il est donc plus sage, en l'absence d'une règle sûre, de s'en tenir au principe de la liberté individuelle, et de refuser à l'administration le droit de créer un titre régulier d'arrestation vis-à-vis des individus voyageant sans passeport.

E. — *Mendiants et vagabonds* (1). — Il semble naturel de se demander tout d'abord si l'autorité a le droit d'arrêter les mendiants et vagabonds qui ne sont coupables d'aucune infraction. En effet, comme le dit M. Berry : « Le professionnel le plus endurci, fût-il le plus vieux cheval de retour qu'on puisse rencontrer, ne fait de mal à personne, s'il se pré-

1. Cf. Garraud. *Tr. théor. et prat. de droit pénal*, t. III et IV, 1899, 1900. Comptes rendus du 5^e congrès pénit. internat Rivière, Paris 1895. Propos. Jean Cruppi. Déb. Ch., 1899, p. 149 et 1995 — Doc. parl. Ch., 1899. S. O. p. 495 et S. E. p. 208 (Ann. 1287.) — Déb. Ch. 1907. S. E., p. 2975 (19 déc.).

Propos. G. Berry. Déb. Ch., 1899 p. 165 — Doc. parl. Ch. S. O. 1899. Ann. 660, p. 700. Cet exposé contient les plus intéressantes révélations des ruses de la mendicité et de précieuses indications sur les colonies belges de Merxplas, Wortel et Hoogstraten et hollandaise de Weenhuysen.

sente tel qu'il est ; — s'il prend ce qu'on lui donne quand il cherche à apitoyer le public sur son sort, on ne peut vraiment pas dire que l'acte qu'il commet peut être considéré absolument comme un délit. Il mendie, mais il ne menace pas ; il reçoit l'aumône, mais il ne dérobe pas le bien de celui qu'il implore. » De même le vagabond n'est pas coupable, quand il promène par les grands chemins son *far niente* invétéré, sans inquiéter les passants.

Néanmoins, l'état de mendiant ne peut qu'engendrer des délits et des crimes.

« Nous n'aurions, pour le prouver, continue M. Berry, qu'à invoquer l'éloquence de la statistique qui nous indique que, sur 100 voleurs condamnés, il y en a au moins 80 qui sortent de la catégorie des mendiants et vagabonds, et qui établit que 20 0/0 des assassins viennent des rangs de cette dernière classe de la société. »

Et d'ailleurs, le mendiant ne devient-il pas voleur et assassin par la force même de son état ?

« Son premier besoin est de maudire le monsieur bien mis qui passe restant sourd à ses supplications : de là à désirer s'emparer de ce que ce monsieur a dans sa poche, il n'y a qu'un tout petit pas bientôt franchi et sans qu'il soit besoin des conseils ou des excitations de camarades, notre homme en arrive vite à essayer de réaliser son désir. Une fois le vol commis, il faut à tout prix éviter la prison, le juge d'ins-

truction, le tribunal, et, pour se mettre à l'abri des soupçons, le mendiant devenu voleur, n'hésite pas à supprimer ceux qui pourraient le dénoncer, et de voleur, il devient assassin. N'est-ce pas la plus stricte logique ? N'est-ce pas là une conséquence naturelle de la mendicité professionnelle ? » Il est de toute évidence qu'on en peut dire autant du vagabondage. Si l'on ne tire pas ses ressources du travail, ne faut-il pas les trouver dans le vol et l'assassinat ?

« Que ces deux états ne soient pas en eux-mêmes des délits, conclut M. Garraud, qu'ils ne portent pas directement atteinte aux droits ou à la liberté d'autrui, c'est un point qui ne peut faire doute. Mais le vagabondage et la mendicité constituent des états dangereux pour la société, des manières d'être et de vivre menaçantes pour l'ordre public. » « En cette matière, il convient d'éviter un double écueil : celui d'ouvrir sous prétexte de sécurité publique, des procès de tendance, en incriminant des actes ou des situations équivoques, ou bien celui de ne pas sauvegarder l'ordre public en laissant impunis des actes par lesquels on peut porter atteinte à la sphère des droits sans y pénétrer encore (1). »

La législation française a-t-elle tenu le juste milieu ? Elle a érigé la mendicité et le vagabondage

1. Garraud. *op. cit.* t. III, p. 378 et 358.

en délits *sui generis* (art. 269, 270, 274. C. pénal). Aujourd'hui donc, la liberté individuelle des mendiants est protégée par le droit commun, en ce sens que les mendiants ne peuvent être arrêtés que pour être traduits devant le tribunal. Cependant la loi ajoute que le mendiant sera, après l'expiration de sa peine, conduit au dépôt de mendicité. Il ne s'agit pas d'une peine, puisque ce renvoi dans le dépôt de mendicité n'est appliqué qu'à l'expiration de la peine elle-même. Il y a là une mesure de police dont l'exécution est remise à l'administration. Mais la durée de la détention dans le dépôt dépend uniquement de l'arbitraire de l'administration.

Ce système soulève diverses critiques. Sans doute, ce n'est que dans les lieux où existent des maisons de dépôts que la mendicité est absolument prohibée ; ailleurs le délit ne commence que s'il s'agit de professionnels valides que la nécessité n'oblige pas à se livrer à ce genre de vie (art. 274 et 275). En qualifiant la mendicité de délit et non de contravention la loi suppose en effet que le fait est accompagné d'intention vicieuse (*mala fides*) (1).

Mais, en premier lieu, c'est dépasser les limites d'une équitable justice qu'autoriser la prononciation

1. Cf. Trib. corr. Château-Thierry, 20 janvier 1899. *Gaz. Trib.*, 99.2.270. — Amiens, 3 mars 1899. *Gaz. Trib.*, 99.2.335. — Château-Thierry, 3 mars 1899. *Gaz. Trib.* 99.2.346.

d'une peine proprement dite aussi bien pour la mendicité que pour le vagabondage. De plus les peines correctionnelles figurent au casier judiciaire : c'est une tare qui rend difficile le reclassement de l'individu dans la société ; enfin un séjour prolongé dans la prison sans souci ni labeur, en contact avec des pervers, ne peut qu'engendrer le vice ou la paresse, et empêcher tout amendement. Il suffirait de ranger la mendicité et le vagabondage parmi les simples contraventions, et d'instituer des établissements de travail (1) ainsi que le proposent MM. Garraud (2) et Cruppi et que l'ont fait les législations étrangères les plus récentes (Loi belge du 27 nov. 1891.)

D'autre part, pour se conformer à la résolution prise par le V^e Congrès pénitentiaire international réuni à Paris en 1895 « il y a lieu de traiter différemment les mendiants et les vagabonds suivant qu'il s'agit : a) d'indigents malades ou infirmes ; b) de mendiants ou vagabonds accidentels ; c) de mendiants ou vagabonds professionnels. Les premiers doivent être assistés tant qu'ils n'ont pas recouvré la force nécessaire pour retrouver des moyens d'existence. Les deuxièmes relèvent de l'assistance publique ou privée et doivent être recueillis dans des refuges ou stations de secours méthodiquement organisés ou le tra-

1. Qui n'auraient de commun avec les *work-houses* que l'obligation du travail.

2. Garraud, *op. cit.* p. 399, t. IV

vail sera obligatoire. Les troisièmes doivent être l'objet d'une répression sévère, de nature à empêcher la récidive ». C'est ce qu'ont proposé MM. Cruppi et Berry et c'est ce qu'avaient réalisé par avance les trois lois belges du 27 novembre 1891.

A notre point de vue particulier de la liberté individuelle, il importe d'organiser un contrôle des internements et détentions ordonnés par l'administration. Nous ne saurions qu'approuver les idées émises par M. Cruppi à ce sujet : « S'il est nécessaire, dit-il, d'assurer l'arrestation des délinquants, il est également indispensable d'éviter les arrestations et les emprisonnements arbitraires. Aussi comme les agents de la force publique ne peuvent juger eux-mêmes si le mendiant ou le vagabond arrêté tombe sous le coup de nos nouvelles dispositions, nous voulons que les individus arrêtés soient immédiatement traduits devant le juge de paix qui devra statuer dans les vingt-quatre heures et décider si ces individus se trouvent dans les conditions constituées du délit. Privé du droit punir, le juge de paix aura seulement le droit de relâcher ou d'hospitaliser ceux qui échappent à la répression et de faire conduire les présumés coupables au parquet du chef-lieu d'arrondissement. Les vieillards, infirmes, invalides seront assistés ; les chômeurs qui auront fait toutes les diligences pour trouver du travail ne seront plus poursuivis ; seuls, seront frappés d'emprisonnement les mendiants

aptes au travail qui n'auront pas fait de recherches ou qui auront refusé l'ouvrage qui leur était offert. Ici encore l'intervention judiciaire constituera une garantie pour tous ceux qui l'auront méritée.

Ce plan de réformes a reçu un commencement d'exécution par la loi du 14 juillet 1905 qui prescrit l'assistance obligatoire aux vieillards, infirmes et incurables privés de ressources.

Nous espérons que le Parlement ne tardera pas à compléter son œuvre, en votant l'ensemble du projet Cruppi qui vient d'être à nouveau déposé sur le bureau de la Chambre et pour lequel l'urgence a été déclarée (1).

1. Séance du 17 déc. 1907.

CHAPITRE V

Comparaison entre le recours direct et le recours indirect en France au point de vue jurisprudentiel.

Bien qu'il soit oiseux de se prononcer d'une façon tant soit peu affirmative, on peut dire d'une manière générale qu'en matière de police, le Conseil d'Etat s'inspire surtout des droits individuels, alors que la Cour de cassation a plutôt égard aux textes et à la morale. Le Conseil d'Etat apparaît bien souvent comme un tribunal plus impartial et plus strictement équitable. Il est plus sévère pour l'administration, précisément pour cette raison paradoxale qu'il est encore dans l'administration. C'est « la haute conscience morale de l'administration française ». (M. Hauriou.)

Pour montrer en quoi la Cour de cassation est moins favorable aux particuliers que le Conseil d'Etat, il suffit de citer l'arrêt du 23 février 1906 (*Gaz. du Pal.*, des 6-7 mai) qui a reconnu à l'autorité

municipale le droit de soumettre au régime de l'aurisation préalable les divertissements publics, mêmes donnés dans des propriétés closes; et les arrêts qui lui permettent d'interdire aux femmes l'emploi de servantes dans les cafés.

D'autre part, aucune action en justice n'est aussi large que le recours en annulation au triple point de vue de la recevabilité, des ouvertures et des effets. La notion de « droit violé », telle que l'entendent les tribunaux judiciaires; est beaucoup plus étroite que celle « d'intérêt lésé » telle que l'entendent les tribunaux administratifs. Un intérêt personnel n'est pas toujours et uniquement un intérêt égoïste: or, devant tout autre juge que le juge de l'excès de pouvoir (1), les litiges de droit ou de légalité sont envisagés sous l'angle de l'intérêt égoïste.

Les quatre vices constitutifs de l'excès de pouvoir se retrouvent, comme le montrent les nombreux arrêts cités par M. Artur, dans la jurisprudence judiciaire. Mais ils n'ont pas reçu d'elle les développements remarquables que le Conseil d'Etat a su leur donner. Notamment, elle est plus timide en ce qui concerne le détournement de pouvoir: justement parce qu'elle est étrangère à l'administration, elle n'admet qu'avec infiniment de prudence

1. Affaire Merlin, rapporté dans l'ouvrage de M. Cruet, p. 267.

« le droit au but administratif » (1). La chambre criminelle a refusé de considérer comme illégalement faits des arrêtés préfectoraux réglant le stationnement des voitures de façon à favoriser une certaine entreprise, alors que ce vice les fit annuler par le Conseil d'Etat. Un arrêt de la Chambre criminelle du 2 août 1874 (Pariset) refusa de considérer comme illégal un arrêt préfectoral « attendu qu'il avait été pris légalement par le préfet dans les limites des attributions qui lui sont conférées par le décret du 25 mai 1852 ». Par arrêt du Conseil d'Etat du 26 novembre 1875 (Pariset) l'arrêté préfectoral est annulé à la requête de la même partie, « attendu que le préfet a usé de ses pouvoirs pour un objet autre que celui à raison duquel ils lui étaient conférés ». Mais la Chambre criminelle a admis le détournement de pouvoir dans les arrêtés de police contraignant les marchands ambulants à prendre place dans un marché couvert, dans un but fiscal. Ainsi, il convient de ne rien exagérer. Il est même des cas où la Cour suprême s'est montrée tout aussi favorable que le Conseil d'Etat aux droits des particuliers. C'est ce qui a eu lieu notamment pour les permissions de voirie retirées par les communes à certaines compagnies, dans un intérêt financier. Le Conseil d'Etat n'a pas

1. M. Barthélemy. Thèse.

annulé les arrêtés de retrait (1). La Cour de cassation, au contraire, a vu dans cette mesure un détournement de pouvoir (2). Ce point de droit est d'ailleurs très délicat ; mais cette jurisprudence montre que la Cour n'hésite plus à montrer sous leur vrai jour les violations les moins apparentes du droit.

1. C. E., 10 juillet 1896. Colette, Leb., p. 565. — 27 décembre 1901. Pécard, Leb., p. 925. S. 1902. 3. 33, note Hauriou ; 6 juin 1902. Goret, Leb., p. 421. Conclusions Romieu. S. 1903. 3. 65, note Hauriou.

2, Cass. crim., 25 octobre. 1900. Goret. S. 1903. 1. 302. — 31 décembre 1903. Pescloux.

CHAPITRE VI

Recours contre les ordres de police à l'étranger

§ 1. — *Italie*

La loi du 31 mars 1896 a créé au Conseil d'Etat une Quatrième Section spécialement chargée d'exercer la juridiction administrative supérieure, et institué un recours pour incompétence, excès de pouvoir ou violation de la loi. Tout acte argué d'illégalité peut être déféré au Conseil d'Etat, au moyen d'une procédure analogue à celle de notre recours pour excès de pouvoir, mais plus coûteuse, car elle est assujettie comme tous les autres recours au ministère d'un avocat au Conseil d'Etat. Mais le recours n'est recevable que si l'acte attaqué a fait préalablement l'objet d'un recours hiérarchique et est devenu définitif par le rejet de ce recours (*provvedimento definitivo*, art. 24).

Une seconde restriction résulte du paragraphe ainsi conçu : « Le recours n'est pas admis contre les actes émanés du gouvernement dans l'exercice du pouvoir politique. » On comprend dans ces actes les mesures de sûreté générale (1).

Le détournement de pouvoir n'est pas une ouverture à cassation. D'après la jurisprudence et la doctrine italienne il y a présomption *juris et de jure* qu'une lésion juridique ne peut résulter d'un acte rendu dans les formes voulues par l'autorité compétente (2).

La *giunta provinciale amministrativa* peut aussi, non seulement annuler, mais réformer sur la réclamation des intéressés, les délibérations des conseils provinciaux et municipaux et les arrêtés des « syndics » en matière d'édilité et de police locale, d'hygiène publique et de contravention aux lois sur les travaux publics. Elle connaît également, mais seulement pour incompétence, excès de pouvoir et violation de la loi « des recours contre les décisions portant refus d'autoriser certaines professions et agences publiques ».

Le recours est ouvert à la quatrième section du Conseil d'Etat pour les mêmes motifs.

1. Clementini. *Traité des compétences*, II, 679.

2. Clementini. *Tr. des compét.*, p. 578.

§ 2. — *Allemagne*

En Allemagne, pour obtenir la révocation d'une décision (Beschluss), on a, devant l'autorité dont elle émane un recours gracieux appelé « Gegenvorstellung » ou « Remonstration » et devant son supérieur un recours hiérarchique du nom de « Beschwerde », Rekurs ». Contrairement à M. O. Mayer, nous déclarons qu'elle ne devient pas une voie de droit quand elle est entourée de formes (formelle) et quand l'administrateur est obligé de statuer (1). En effet, il ne faut pas confondre les conditions extrinsèques du recours avec sa nature intrinsèque. Le seul fait que l'autorité supérieure saisie peut se décider d'après des considérations d'opportunité et réformer l'acte déféré suffit à prouver qu'elle ne fait pas office de juge (2). Le seul recours juridictionnel véritable est la « Klage ». Nous allons étudier son organisation en Prusse (art. 126 et 127 de la loi d'administration générale du 30 juillet 1883). L'organisation est semblable dans le duché de Bade (loi

1. En ce sens Stein. *Grünhüts Zeitschrift*, VI, p. 303 : « Ein Gericht kan nicht über Beschwerden entscheiden, und, wo immer es sich um Bechwerden handelt, da ist es grundsätzlic falsch, von einer Iudicatur oder von einer Rechtspflege überhaupt zu reden. »

2. Stein. *Grünhüts Zeitschrift*, VI, 303.

du 14 juin 1884 § 4) et dans la Saxe (loi du 19 janvier 1900 § 76). Dans le Wurtemberg, la loi du 16 décembre 1876 adopte le recours pour excès de pouvoir français (1).

« En Prusse, on ne peut exercer de recours devant les tribunaux de droit commun, ni contre un règlement de police, ni contre un arrêté de police, ni contre un moyen de contrainte ordonné par la police. Il n'y a pas de voies de recours directes contre un règlement de police. S'il est illégalement rendu quant au fond ou irrégulier quant à la forme, personne n'est obligé de s'y conformer ; c'est dans la procédure de poursuite qu'on examine si le règlement est obligatoire.

Celui contre lequel un arrêté de police (Polizeiverfügung) (2) est rendu ou le moyen de contrainte est employé, peut faire usage pour se défendre des moyens légaux. Il ne peut pas le faire directement contre le règlement de police. (Polizeiverordnung) (3).

La personne qui se prétend lésée dans ses droits

1. Otto Mayer, en déclare l'imitation « peu recommandable » Mais elle est bien plus sévèrement condamnée par Bernatzik, Rechtskraft, p. 249 note 26 et par Tezner dans *Grünhuts Zeitschrift*, XIX, p. 394.

2. Le sens littéral est « disposition de police ».

3. Le sens littéral est « ordonnance de police ».

par un arrêté de police (Polizeiverfügung) peut, à son choix, user de l'action (Klage) ou de la réclamation (Beschwerde). Il lui est interdit d'employer à la fois l'un et l'autre, et si elle méconnaît cette interdiction, son appel est rejeté et la « Beschwerde » seule suit son cours (1).

L'un et l'autre ne peuvent être formés que dans un délai de quatorze jours après la signification de l'arrêté. La loi du 30 juillet 1883 a permis l'exécution provisoire pour des motifs d'intérêt public.

La distinction entre la « Klage » et la « Beschwerde » n'existe pas partout : dans certains cas, les tribunaux administratifs sont chargés d'examiner, non seulement la légalité, mais aussi l'opportunité et l'utilité d'un arrêté de police. Alors la « Klage » doit être précédée d'une opposition (Einspruch) au fonctionnaire (arrêtés relatifs à la construction et à l'entretien, à la suppression ou au barrage des voies publiques, au curage des cours d'eau, etc.).

« Saisis des recours contre les arrêtés de police, les autorités collégiales (Kreisausschuss et Bezirksausschuss) et le tribunal administratif supérieur (Oberverwaltungsgericht) ont pour mission d'apprécier si elles sont légalement rendues. En cas d'illégalité, ils annulent. L'instance ne peut être engagée que par

1. Lœning. « La Police en Prusse. » *Revue de Droit public*, 1896, VI, 408.

les personnes qui se prétendent lésées dans leurs droits.

Le recours peut se fonder :

1° Sur la violation en fausse application d'une règle de droit ; 2° sur l'absence des conditions nécessaires pour que la police ait pris cet arrêté.

Le recours contre les arrêtés de police locale, rurale ou urbaine des villes au-dessous de 10.000 habitants est porté devant le Comité de cercle. Un nouvel appel peut être formé contre le jugement de ce Comité tant par le demandeur en 1^{re} instance que par le fonctionnaire de police défendeur, devant le comité de district. Sa décision peut donner lieu à recours en revision devant l'Oberverwaltungsgericht.

Contre les arrêtés des fonctionnaires de police des villes au-dessus de 10.000 habitants et contre ceux du Directeur du cercle le recours est porté devant le Comité de district et sur appel devant l'Oberverwaltungsgericht.

Ce recours est institué par le paragraphe 127, section III de la loi du 30 juillet 1883. « Il comporte une double limitation (1) ; d'abord il n'est ouvert que contre les arrêtés des autorités de police locale et de cercle ; ensuite, il est exclu, dès que le plai-

1. W. Hagens. « Die Verwaltungs gerichtbarkeit in Frankreich » dans *Archiv für off. R.* 1902, XVII, p. 373-412.

gnant ne peut invoquer une violation de ses droits, mais seulement un froissement de ses intérêts. »

Examinons maintenant les conditions de succès du recours. Le second chef d'action (inexistence de circonstances de fait justifiant l'arrêté de police) ne comprend pas les questions de nécessité ou de convenance. L'objet de cette disposition a été d'établir que les tribunaux administratifs pourraient examiner le fait en tant qu'il serait nécessaire pour décider de la légalité de l'arrêté ; mais on n'a pas entendu rendre la juridiction administrative compétente dans des questions d'administration pure, notamment sur la question de savoir si l'arrêté attaqué était, dans l'espèce, nécessaire ou opportun (1).

« On trouve pourtant nombre de décisions qui, en apparence, contredisent ce principe. La raison donnée pour justifier la revision de l'appréciation administrative se tire alors de cette considération que « l'administration a commis une erreur de droit, méconnu le principe de droit exprimé par la loi », ou encore de ce que « la décision administrative manque absolument de tout fondement en fait qui la justifie » en sorte qu'elle apparaît, non comme le résultat d'appréciations proprement administratives, mais comme

1. *Brauchitsch, Die neuen preussischen Verwaltungsgesetze*, 1884, I, p. 144 et s. Dans le même sens : *Jebens et Meyeren*, II, 398 et *Rosin, Polizeiverordnungsrecht in Preussen*, pp. 14 et 198 et *Ussing, op. cit.* p. 91.

un acte arbitraire : Jebens und Meyeren (XI, n^{os} 52, 56 ; XI, n^o 54 ; VI, n^{os} 44, 53 ; X, n^o 51 ; XII n^o 66) rapportent des arrêts topiques du tribunal de Berlin.

« On examine donc la possibilité juridique *in abstracto* de l'arrêté. D'après la loi administrative du 26 juillet 1880, cette possibilité n'existe pas, quand l'arrêté est « tout à fait déplacé et impropre à la réalisation du but visé » : il doit donc être annulé. D'après la loi administrative du 21 mars 1879, au contraire, « la demande en annulation n'aura pas d'effet quand on reproche seulement à l'autorité d'avoir fait de la libre appréciation qui lui appartient un usager relativement extensif et qui ne répond pas aux circonstances. La Cour examine les circonstances que l'acte suppose, absolument comme l'autorité qui a fait l'acte, par conséquent, comme une Cour d'appel. Mais, à la différence de cette dernière, elle ne contrôle pas le choix des moyens. D'ailleurs ce côté n'est pas laissé tout à fait en dehors, car les deux côtés de l'acte se tiennent. On suppose un homme normal, un *bonus pater familias*, ici, un fonctionnaire convenable » (1). Si les circonstances manquent, l'acte attaqué doit être annulé.

« Quant au premier moyen, il aboutit à un contrôle de la légalité de l'acte en général, et non pas

1. O. Mayer, *op. cit.*, 1^{re} partie.

seulement des limites extérieures des pouvoirs de l'autorité : il peut tenir compte aussi de la fausse application de la loi qui peut être faite dans ses limites : la revision du Code de procédure civile sert de modèle (il ressort d'une note que cette revision équivaut à un pourvoi en Cassation : *revisio in jure*). Si le cercle des attributions de la justice suprême se trouve ici élargi dans cette direction, on a renoncé en même temps à la conception plus hardie du moyen de droit français qui comprend également dans son contrôle l'exercice convenable du pouvoir de libre appréciation accordé par la loi à l'autorité. Le juge allemand s'en tient au texte de loi » (1).

« Si donc un côté de la libre appréciation (*freies Ermessen*) est contrôlé comme sur appel, l'autre côté est soumis à un contrôle comme sur recours pour excès de pouvoirs. » (2).

En principe le détournement de pouvoir ne se trouve donc pas en droit allemand, sauf en droit wurtembergeois.

Le paragraphe 126 de la loi de 1883 organise contre les « décisions définitives » des autorités délibérantes un recours devant le tribunal de Berlin, quand ces décisions « excèdent les pouvoirs (*Befugnisse*) des autorités ou contredisent le droit établi, en par-

1. O. Mayer, *op. cit.*

2. Otto Mayer. *Ibid.*

ticulier, les règlements, que des autorités ont pris dans le rayon de leur compétence ». Mais les individus ne peuvent mettre en mouvement ce recours. Il n'appartient qu'au président supérieur, au président d'administration ou au conseiller cantonal (Landrat) (1).

Quant aux règlements (Polizeiverordnùng) ils sont inattaquables par la voie juridictionnelle administrative. A leur égard, il n'existe qu'un contrôle indirect exercé par le juge répressif ou, quand un arrêté de police s'appuie sur un règlement de police ou le contredit, par le juge administratif. L'exception d'il-légalité est le seul moyen accessible aux particuliers. Il est du droit et du devoir des tribunaux de rechercher, avant de prononcer la peine, si le règlement est en harmonie avec la loi et avec les pouvoirs délégués à l'administration. Par contre, la question de savoir si le règlement était opportun ou nécessaire n'est pas de celles dont ils puissent s'occuper.

Après avoir étudié les conditions de recevabilité des recours allemands, nous devons nous demander maintenant quel est l'effet de la chose jugée. La chose jugée ne produit d'effet que vis-à-vis des autorités, des personnes ayant joué effectivement le rôle de

1. Hagens, *loc cit.*, — Rosin. *Polizeiverordnungsrecht in Preussen*, p. 186 et s. — Bornhak. *Preuss. Staatsrecht*. II, p. 460.

parties et des tiers adçités (Beiladung) qui deviennent parties.

La chose jugée ne lie le rapport juridique que relativement au droit ; tout ce qui, dans ce rapport, dépend de la libre appréciation reste en dehors. A la suite des demandes en nullité pour violation de la loi ou pour défaut de circonstances justificatives, telles qu'elles ont été admises par les législations de la Prusse, du duché de Bade, de la Saxe et de l'Autriche-Hongrie, le jugement constate avec force de chose jugée, si, dans les circonstances données, un acte ayant le contenu de celui qui est incriminé ou accompli dans le but où il l'a été est légalement possible vis-à-vis du demandeur. En résolvant affirmativement cette question, le jugement ne dit pas, qu'en réalité, cet acte devait avoir lieu ; la réalité de l'acte reste abandonnée à l'administration active. Si, au contraire, cette possibilité est niée, l'acte, en conséquence, est annulé.

§ 3. — Angleterre

En Angleterre, les décisions ont toujours la forme de jugements, non seulement lorsqu'elles prononcent une peine (*conviction*), mais encore lorsqu'elles contiennent un ordre de police (*order*).

Les décisions (*orders and convictions*) des juges de

paix — qu'elles aient été prises par un seul juge ou en *petty sessions* — peuvent être frappées d'appel devant les *quarter sessions*. Le droit d'appel n'est pas ouvert d'une manière absolue, mais seulement quand la loi le permet : c'est toutefois ce qui a lieu dans un très grand nombre de cas. Les défenseurs à l'appel sont les juges de paix dont la décision est attaquée et parfois aussi le particulier au profit de qui elle a été rendue. Dans la plupart des cas, il s'agit exclusivement d'une *revisio in jure*, mais parfois aussi, il peut y avoir lieu de recueillir de nouvelles preuves, ou encore de trancher des questions qui sont plus de convenance et d'opportunité que de droit.

La High Court, joue le rôle de juridiction de révision au-dessus des *quarter sessions*, pour les questions de droit. Le procédé ordinaire pour la saisir consiste en ce que les juges de paix, dans les *quarter sessions*, *state a special case*, c'est-à-dire demandent l'avis de la juridiction supérieure sur une question de droit. — Une autre manière de la saisir consiste à lui présenter requête pour émettre un *writ*, notamment le *writ of certiorari* ou le *writ of mandamus*. Le *writ of certiorari* peut être adressé par l'une des Cours suprêmes à une juridiction inférieure avec ordre de lui envoyer les pièces de l'affaire, pour que l'intéressé obtienne justice plus sûrement et plus vite. Les motifs en sont pris, soit de vices essentiels de

procédure, soit d'une interprétation inexacte d'une loi.

Le *writ of mandamus* peut être adressé aux *justices of the peace* en leur qualité d'autorités administratives. Il suppose que tel ou tel droit ou telle obligation relevant du droit public a été violé, et il ne s'emploie que dans les cas où l'action ordinaire n'est pas ouverte. Toute décision administrative prise en violation des formes peut être attaquée par la voie du *mandamus* (*mandamus to hear and determine the matter according to law*), par exemple un refus de renouveler une autorisation de musique et de danse.

On peut aussi demander à la High Court, un *writ of habeas corpus* ; il sera adressé à la personne — fonctionnaire ou particulier — qui en détient une autre, avec ordre de représenter la personne détenue, de faire connaître la date et le motif de la détention, « pour ensuite procéder, se soumettre et obtempérer à ce que la Cour qui a émis le writ pourra enjoindre. »

On rencontre dans les recueils de jurisprudence nombre d'arrêts qui décident que le mode d'exercice de tel ou tel pouvoir doit être abandonné à l'appréciation (*discretion*) de l'autorité compétente. La question, suivant une formule fréquente, est de savoir si cette autorité a agi dans les limites qui lui étaient tracées (*if it has exercised its jurisdiction according to the forms and substance of laws*) ; en cas d'affir-

mative, les tribunaux se considèrent comme incompetents pour modifier la décision prise. Il est également de principe que partout où la loi exprime que l'autorité locale « peut », et non qu'elle « doit » prendre telle ou telle mesure, elle ne saurait être contrainte d'y procéder par les tribunaux : le mandamus présuppose l'obligation légale.

Il existe en droit anglais quelque chose d'analogue à l'annulation pour détournement de pouvoir. En principe, les décisions des juges de paix, en matière administrative ne peuvent pas être déférées à la Haute Cour, sauf les cas : 1° d'incompétence ; 2° d'omission des formes légales ; 3° de violation de la loi. Les questions d'appréciation sont abandonnées à la décision des juges de paix. Toutefois la décision en cette matière peut aussi donner lieu à un recours devant les tribunaux supérieurs, lorsqu'on allègue *partial or oppressive motive* (1).

Au lieu de procéder par « motion » pour atteindre la mesure lésive, on préfère souvent laisser s'engager la poursuite : alors on soulève l'exception d'illégalité

1. Gneist, *Rechtstaat*, p. 48. Note. — Jenks : *An outline of English local government*, 1894, p. 161 : « Aucune action ne peut être intentée contre le juge de paix sur le motif qu'il aurait à tort (*wrongly*) exercé un pouvoir discrétionnaire qui lui est accordé par un statut ; pour réussir, le demandeur doit prouver que le juge a agi malicieusement et sans motif admissible.

qui est fort usitée, notamment en matière sanitaire, contre les *orders du Local government board*.

§ 4. — Belgique (1)

En Belgique, pour ceux qui ont été lésés dans leurs droits par une décision de police, il existe deux recours : 1° Un recours direct, non pas contre l'acte, mais contre son auteur : c'est l'action en dommages-intérêts contre le fonctionnaire qui a commis un abus et il n'est besoin d'aucune autorisation pour l'intenter ; 2° l'exception d'illégalité.

L'exception d'illégalité a pris une importance d'autant plus grande qu'il n'y a pas de tribunaux administratifs. L'article 107 de la constitution porte, en effet : « Les cours et tribunaux n'appliqueront les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux qu'autant qu'ils sont conformes aux lois. (On pose pourtant en Belgique comme en France, le principe de l'indépendance de l'administration vis-à-vis de la justice.) Les tribunaux ne peuvent connaître que des contestations relatives aux « droits civils et politi-

1. Cf. de Fooz. *Dr. adm. belge*, t. III, 1859.

Thonissen. *La const. belge annotée* (2^e édit., 1876). — Giron. *Dr. adm. de la Belgique*, t. III 1885.

Picard. *Les juridictions adm.* Introd. au 4^e. vol. des *Pandectes belges*. Article « Acte administratif. » Beltjens. *La constitution belge révisée*, 1894. Articles 92.93 et 107.

ques « sauf les exceptions établies par la loi (art. 92 et 93). Ils ont pour mission d'apprécier la légalité des actes administratifs :

1° Lorsqu'ils n'émanent pas de l'autorité compétente ;

2° Lorsqu'ils ne sont pas entourés des formalités prescrites ;

3° Lorsqu'ils excèdent les pouvoirs de l'autorité administrative.

« Il est un grand nombre de cas où l'autorité administrative décrète certaines mesures qui atteignent les droits privés, particulièrement les droits civils, sans qu'il y ait un recours quelconque institué par les lois. Quand l'administration prend ces mesures, elle n'agit pas comme juridiction ; en effet, aucun débat ne s'ouvre devant elle, aucune constatation n'existe. On ne peut s'empêcher de dire qu'il y a là une véritable lacune administrative et qu'il serait utile d'assurer un recours devant un tribunal administratif qui pourrait procéder par voie d'enquête ou d'expertise. » (Pandectes belges. V. Acte administratif.) Picard s'élève également contre l'insuffisance de l'exception et formule le même désir, dans l'introduction au quatrième volume de ces pandectes.

Donnons quelques exemples de cas où les tribunaux n'ont pu que constater leur impuissance.

Il a été jugé que le « pouvoir judiciaire est incom-

« pétent » pour contrôler le fondement d'un acte du collège des bourgmestres et échevins, qui a ordonné l'inscription d'office d'une femme sur les registres des filles publiques comme se livrant notoirement à la prostitution. (Cass., 24 oct. 1866. Pasic., 1867, p. 11.)

La question de savoir s'il y a des raisons suffisantes pour expulser un étranger relève aussi uniquement de l'administration. Toutefois, si l'intéressé soutient qu'il n'est point étranger, mais belge, il peut saisir les tribunaux de la question de légalité de l'arrêté d'expulsion.

Les tribunaux sont également incompétents pour apprécier la fermeture des habitations pour cause d'insalubrité, ou leur démolition, quand ils menacent ruine.

Dans ces cas et autres semblables, les intéressés peuvent néanmoins obtenir réparation du tort qui leur a été indûment causé.

Ainsi le pouvoir judiciaire est incompétent pour juger de l'opportunité de l'arrêté que prend un bourgmestre aux fins de démolition d'un bâtiment menaçant ruine. Mais le bourgmestre prend semblable arrêté sous sa responsabilité. Cette responsabilité serait liée, et il pourrait y avoir lieu à une action civile dans le cas où l'autorité compétente jugerait l'arrêté irrégulier.

De même l'arrêté d'un collège échevinal pris en

exécution d'un règlement communal et qui, pour cause de salubrité publique, interdit l'habitation de certaines maisons et ordonne l'expulsion des locataires, ne constitue pas un trouble à la possession donnant lieu à l'action en complainte. Les tribunaux sont cependant compétents pour connaître de la légalité de semblables arrêtés afin d'apprécier une demande en dommages-intérêts du chef de faits posés en vertu de cet arrêté (1).

Le pouvoir judiciaire est compétent pour statuer sur une demande en dommages-intérêts dirigée au civil, contre un bourgmestre, du chef de calomnie ou injure qui se trouverait dans une résolution prise par lui dans un intérêt de police et d'ordre public (2).

Enfin, les tribunaux sont compétents pour connaître d'une action en dommages-intérêts intentée contre un officier de police pour arrestation arbitraire alors même qu'en suite de cette arrestation, le demandeur serait détenu en vue d'extradition (3).

1. Trib. Anvers, 4 mai 1867.—Liège, 12 mars 1875. Pasic., 1875, II, 235.

2. Liège, 30 avril 1846. Pasic., 48. II, 261.

3. Verviers, 6 avril 1887. Pasic., 88, II, 12.

LIVRE IV

RECOURS CONTRE LES MESURES D'EXÉCUTION

Par mesures d'exécution, nous entendons, non pas les actes particuliers (1) qui peuvent entraîner l'application d'un règlement ; mais bien le procédé employé par la police pour obliger les individus à exécuter un ordre, ou à observer une défense. En effet, les décisions exécutoires, du moins les règlements de police, ne peuvent être ramenés à exécution qu'en faisant intervenir le juge de simple police qui est le juge de droit commun (art. 471 § 15 C. p.). En fait, toutes les décisions exécutoires peuvent être attaquées par des recours contentieux et l'administration s'astreint en général à ne pas les exécuter avant que les délais de recours ne soient écoulés, ou avant que le recours ne soit jugé, s'il en a été formé un ; par conséquent, l'exécution ne se poursuit pas sans que la partie intéressée n'ait eu

1. Hauriou. *Précis.*, p. 381, 6^e édit.

la possibilité de faire intervenir un juge. Si l'administration fait exécuter sans attendre la fin du délai ou la conclusion du litige, elle en a le droit strict, mais c'est à ses risques et périls. Pour ces décisions écrites de la police, l'obéissance préalable n'est pas exigée, puisque, poursuivi en contravention, on peut être acquitté si l'on fait la preuve de l'illégalité du règlement. Mais, dès que le public entre en contact immédiat avec les agents de l'autorité, il s'agit d'une mesure d'exécution et c'est de celles-là que nous entendons parler. La décision exécutoire est cachée derrière : c'est l'acte en vertu duquel ces prétentions se manifestent (1). Ainsi, par exemple, un agent-voyer, en vertu d'un arrêté préfectoral, intime à un propriétaire l'ordre de couper une haie au bord d'un chemin, ou bien, un service d'ordre est organisé : il faut obéir immédiatement, sauf à réclamer ensuite, aux ordres de circuler, de se disperser, de cesser une manifestation, de faire disparaître un drapeau ou un emblème, etc. sinon, les agents interviennent : c'est la mesure d'exécution, l'opération même.

Or il se peut, qu'à l'effet d'atteindre son but, l'agent use de moyens qui ne lui ont pas été reconnus comme des prérogatives et comme des droits ; — ou bien, qu'il dépasse la mesure nécessaire pour

1. Hauriou. *Précis*, p. 419.

réaliser ses fins ; — ou enfin, qu'il n'ait pas eu délégation régulière de la puissance publique.

Par exemple, dans le cas de démolition d'un bâtiment menaçant ruine, le maire n'aura pas observé la procédure des articles 3, 4 et 5 de la loi du 21 juin 1898 (1) ; ou bien un agent de la force publique aura usé de ses armes en dehors de toute nécessité (2), — ou il pénétrera de jour dans un domicile sans y être appelé ou sans entendre des cris de détresse.

En ces divers cas, il y a ce qu'on appelle voie de fait. M. Hauriou (3) emploie à ce propos une terminologie qui nous semble quelque peu défectueuse : « Il y a, dit-il, une limite délicate entre la voie de fait et l'excès de pouvoir. Un acte entaché d'excès de pouvoir n'en reste pas moins administratif (C. E., 5 mai 1877. Laumonnier-Carriol). Il convient de remarquer que la voie de fait par manque de droit confine à l'excès de pouvoir par incompétence, mais c'est une incompétence qui va jusqu'à l'usurpation de pouvoir (Cf. Laferrière, II, 497) ; de même, la voie de fait par manque de procédure confine à l'excès de pouvoir pour violation des formes, mais c'est une

1. C. E., 19 mars 1904. Consorts Maudière contre maire et commune de Nouzon. Lebon, p. 252.

2. C. E., 29 juillet 1896. Lecoq contre Louis. Lebon, p. 731.

3. Hauriou. *Précis*, p. 412.

violation des formes qui va jusqu'à l'absence totale de formes. »

Il nous paraît plus conforme à la réalité des choses de réserver le nom « d'usurpation » de pouvoir aux « voies de fait par manque de droit » et celui de « voies de fait » aux « voies de fait par manque de procédure légale » ; selon nous, il ne saurait y avoir « usurpation » que dans le commandement « et voie de fait » que dans l'exécution.

Quels recours a-t-on contre ces « voies de fait » ? Il est de règle que tout acte de l'administration qui dépasse les limites légales de la prérogative retombe dans le droit commun.

Dès lors, la personne même de l'agent se dégage de l'acte. Il y a lieu de le poursuivre devant les tribunaux répressifs pour lui faire infliger les peines résultant des abus d'autorité (C. pén., art. 184, 187, 196, 197, 341, 344, et s.) et devant les tribunaux civils en dommages-intérêts. L'agent pourra justifier qu'il n'avait pas l'intention criminelle ou qu'il a agi par ordre de ses supérieurs, qui le couvrent dans la mesure où il leur doit obéissance ; dès lors, il échappe à toute pénalité (art. 114. C. p.). D'ailleurs le particulier lésé doit pouvoir invoquer une faute personnelle à la charge de l'agent. Le « fait de service » est couvert par la prérogative, car l'agent reste dans les limites de son mandat tant qu'il commet des erreurs ou des négligences tout en voulant se con-

former au but de sa fonction, et dans, ce cas, la juridiction administrative est seule compétente pour en connaître. Mais, s'il agit dans un esprit étranger à la destination de sa fonction, dès lors, il commet une « faute personnelle » détachable de l'acte administratif et ce sont les tribunaux de droit commun qui devraient en juger la gravité pour les peines de droit, ou les conséquences civiles pour déterminer le montant des dommages-intérêts. Toutefois, le préfet prétend-il que l'acte accompli par l'agent ne renferme pas de fait personnel : cela suffit pour le mettre en droit de prendre un arrêté de conflit, qui, s'il est validé, dessaisit le tribunal judiciaire. Mais il n'entre pas dans notre cadre d'étudier la responsabilité

En Allemagne, les moyens de contrainte employés par la police pour mettre à exécution un arrêté de police peuvent également donner lieu à recours (Klage) mais, à certaines conditions. L'avertissement (Warnung) écrit est soumis aux mêmes voies de recours que l'arrêté de police dont il ordonne l'exécution ; en règle donc, l'intéressé a le choix entre l'appel (la Klage) et le pourvoi (la Beschwerde). En ces cas, si l'arrêté n'a pas encore été attaqué, on examine sa légalité. Si l'intéressé a laissé expirer les délais du recours contre la menace d'exécution, il ne peut recourir contre l'exécution elle-même que par un pourvoi et non plus par un appel devant les tribunaux administratifs, et encore seulement si le fonctionnaire juge à propos de pratiquer l'exécution

immédiate. Dans le cas où le fonctionnaire donne un ordre sans prendre d'arrêté, c'est la manière dont il exécute qui peut seule donner lieu à un pourvoi. Mais celui qui se prétend lésé dans ses droits par les mesures, peut former contre l'ordre tous les recours comme contre un arrêté.

L'exécution forcée comprend implicitement un arrêté de police : les actions sont les mêmes que contre un arrêté.

La loi de 1883 a maintenu la loi du 11 mai 1842 : l'action en dommages-intérêts contre les fonctionnaires de police qui ont rendu un arrêté illégal peut aussi être intentée aujourd'hui, si l'arrêté a été annulé par le jugement d'un tribunal administratif.

En Angleterre, le « policeman » est absolument protégé contre toutes poursuites lorsqu'il agit en vertu d'un « warrant » émané d'un juge, alors même que le « warrant » se trouve irrégulier. Il a le droit d'arrêter sans « warrant » sur toute personne soupçonnée d'avoir commis un crime (felony), et, s'il agit *bona fide*, il n'est passible d'aucuns dommages-intérêts, alors même qu'il se trouve qu'en fait le crime n'avait pas été commis. De même, les membres d'une autorité sanitaire sont exempts de toute responsabilité pour les actes accomplis par eux dans l'exécution de leurs fonctions et avec la sanction des autorités (1).

1. Jenks. *An outline of English local government*. London, 1894, p. 183 et 122.

LIVRE V

VALEUR DES RECOURS

Puisque les autorités de police ne peuvent agir sans restreindre la liberté des individus, il convient que ceux-ci aient de solides garanties de leurs droits. Où peuvent-ils les trouver ?

1° D'abord, dans la protection que les droits individuels se donnent réciproquement : ce « mutualisme » en fait, comme on dit en Belgique, des « libertés quadrangulaires » ;

2° Puis dans l'organisation constitutionnelle, séparation des pouvoirs, subordination de l'élément militaire à l'élément civil, régime parlementaire, etc. ;

3° Enfin, dans l'organisation administrative et dans les précautions qui y sont prises : formes de procédure, surveillance hiérarchique, poursuites de l'État contre les fonctionnaires prévaricateurs.

« Toutes ces garanties offertes par l'organisation même de l'État sont précieuses, mais insuffisantes ;

elles sont surtout un effet préventif; elles empêchent une foule de violations de se produire; mais, lorsqu'en fait, une violation de droit s'est produite, elles sont d'un médiocre secours en vue de la réparation. Il en est peu qui soient à la disposition de l'individu lésé, qui puissent être mises en mouvement par lui.

Le grand progrès, consiste en ce que l'État admet les recours contre lui: recours contentieux contre les actes de l'administration; — poursuites contre les fonctionnaires; actions en indemnité contre l'État.

Mais on sait qu'en matière de police, les poursuites contre les fonctionnaires échouent facilement, à cause de la difficulté de prouver la faute intentionnelle; — et que la jurisprudence n'est pas en voie de condamner l'État à des dommages-intérêts pour tous les préjudices causés par les actes de puissance publique (1). C'est donc des recours en annulation qu'il

1. Cf. Teissier. Resp. de la puiss. publ. dans le *Rép. Bequet*, 1906, p. 185 et 209: « Le Conseil d'État reconnaît que les services de police sont, comme tous les autres, susceptibles d'engager, quand ils ont mal fonctionné, la responsabilité de la puissance publique. (C. E., Tomaso Grecco, 10 fév. 1905. Leb. p. 139.) Le plus souvent, les dommages soufferts par des particuliers au cours d'opérations de police entreprises dans l'intérêt du bon ordre et de la circulation sur les voies publiques, doivent être considérés comme imputables à des circonstances de force majeure et cette notion de force majeure doit intervenir à la décharge de l'administration plus spécialement à l'occasion du fonctionnement du service de la police.

faut attendre le plus. Il importe que l'accès du prétoire soit largement ouvert, que les administrés soient assurés d'une bonne justice. Ces conditions sont-elles réunies en France ?

Les conditions de recevabilité sont assez peu rigoureuses dans le Conseil d'État et les facilités sont assez nombreuses pour qu'on puisse aisément recourir à sa haute juridiction. Dans le pays qui a le Conseil d'État le plus semblable au nôtre, en Italie, il faut avoir parcouru toute la hiérarchie administrative pour se présenter avec succès, et, l'individu ne bénéficie pas comme en France des dispenses de frais et du ministère d'avocat.

Quant aux chances de succès, elles sont multiples. Notre Conseil d'État a construit de toutes pièces un imposant édifice pour abriter jusqu'aux moindres victimes de l'arbitraire. On peut dire que son œuvre quasi-prétorienne d'équité a maintenant atteint une haute perfection : l'autorité ne peut plus se retrancher derrière l'apparence du droit ; le détournement de pouvoir est invoqué et le voile tombe, découvrant la vérité. Aucun pays ne connaît de protection qui aille aussi loin que celle-là. M. Jacquelin a prétendu que la confusion de la juridiction administrative et de l'administration délibérante ou consultative nuisait à l'impartialité du Conseil (1). Nous

1. Jacquelin, *op. cit.*, p. 206.

estimons au contraire que, faisant partie en quelque sorte de l'administration, le Conseil d'État est plus disposé à faire abandon des droits de l'administration même.

Il importe d'assurer l'indépendance des décisions (1). A cet effet l'inamovibilité est un moyen assez employé à l'étranger, par exemple, en Italie, et en Allemagne. Est-ce une garantie bien sérieuse ? Sans doute, les juges sont à l'abri de toute révocation arbitraire ; mais la nomination, les distinctions et l'avancement restent à la disposition de l'exécutif. « Le magistrat est absolument indépendant, quand il ne veut pas avancer » dit spirituellement M. Faguet. D'ailleurs, en France, ne connaît-on pas des suspensions de l'inamovibilité ? Le mieux encore est de s'en remettre à la conscience et à la valeur des hommes ; sous ce rapport, il faut se louer de nos conseillers d'État au contentieux dont l'intégrité de la haute autorité juridique sont de sérieux obstacles à toute entreprise gouvernementale.

Enfin, l'organisation même du Conseil d'État-tribunal présente toute sécurité : les éléments de l'administration active en sont exclus et le ministre de la Justice ne peut le présider.

Quant aux effets des recours pour excès de pou-

1. Cf. l'article de M. Delpech sur les moyens d'assurer l'indépendance des juges, dans la *Rev. de Dr. publ.*, 1907. janvier-février-mars.

voir, ils sont aussi étendus qu'on peut l'exiger. Si le recours est introduit avant l'exécution de la mesure, il a sinon en droit, du moins souvent en pratique un effet suspensif ; et quand il a triomphé, l'annulation s'impose à tous, pour le plus grand profit de la justice et de la liberté.

D'autre part, l'exception d'illégalité n'est soumise à aucun délai (1) et protège contre tous les règlements, sans distinction.

Il ne reste à souhaiter qu'une chose, c'est de voir le Conseil admettre franchement le recours contre les règlements d'administration publique.

M. Jacquelin a souhaité qu'on remit tout le contentieux administratif aux tribunaux ordinaires et qu'il n'y eût pour réaliser l'unité juridique qu'une Cour, la Cour de Cassation. M. Artur a montré les inconvénients du système. Mais les auteurs des pays même où il existe, sont les premiers à s'en plaindre, notamment pour les questions de police : M. Picard, dans l'Introduction du quatrième volume des *Pandectes belges*, et M. Errera (2) protestent vigoureusement contre les atteintes à la liberté individuelle que ne sauvegarde pas une juridiction administrative : il est bon de s'en rapporter aux faits plutôt qu'aux théories.

1. Aff. Domec et autres. C. E., 9 mars 1906.

2. Errera « L'interdépendance des pouvoirs en Belgique » *Revue de dr. publ.* Mai-Juin. 1901.

Écoutons maintenant le témoignage d'un savant auteur (1), qui vit dans un pays de liberté, où la procédure est imitée de celle de l'Angleterre :

« La juridiction française est plus large que ce que nous avons appelé la juridiction administrative de nos cours car, en sus de toutes les voies de recours que nous avons, le droit français permet aux particuliers :

1° Dans tous les cas où un droit actuel est lésé, de faire réformer la décision par les tribunaux administratifs ;

2° De se pourvoir directement à la Cour suprême (Conseil d'Etat) contre un acte quelconque d'un agent administratif sur le terrain de « l'excès de pouvoir ». Non seulement la juridiction française est plus large que celle de nos cours ordinaires, mais le remède est d'une application plus facile, car il n'y a pas de différence à faire entre les procédures à engager. Il n'y a pas à se demander si une forme déterminée, comme celle du *mandamus*, de l'*injonction*, du *certiorari* est la forme convenable. Un simple recours suffit dans tous les cas.

« La seule difficulté qui peut s'élever est relative à la compétence des tribunaux administratifs eux-

1. M. Goodnow. *Polit. Sc. quaterly*. D. 1886, p. 557, et s.
Cité dans Laferrière.

mêmes. Le principe de la séparation des pouvoirs peut donner et donne souvent lieu à des conflits de juridiction entre les tribunaux administratifs et juridictionnels qui sont tranchés par un tribunal spécial, le tribunal des conflits. Mais une fois la juridiction du tribunal administratif admise, il n'y a pas de difficulté sur la procédure. Personne ne peut être forclos pour avoir choisi un mauvais mode de recours. En outre, la procédure administrative en France est très simple et peu coûteuse. »

Il est donc incontestable, du témoignage même des étrangers, que nous avons dans le recours pour excès de pouvoir un moyen vraiment pratique et une arme des plus sûres contre les empiètements de la police. On lui a cependant reproché de n'être pas adéquat à sa fonction. Pour défendre des droits, c'est une action véritable qu'il faut, et l'on a trouvé que justement le recours pour excès de pouvoir n'était pas contentieux, mais seulement gracieux.

D'autre part, on a dit qu'il protégeait des intérêts, et non pas des droits subjectifs. Enfin les meilleurs esprits veulent qu'il serve seulement à garantir une bonne administration, à assurer le respect de la légalité et non pas à protéger les individus eux-mêmes. C'est de ces griefs qu'il convient de faire justice. Nous démontrerons d'abord que notre recours est bien de nature contentieuse, puis qu'il a été institué uniquement en vue des administrés.

CHAPITRE PREMIER

Nature contentieuse du recours pour excès de pouvoir

On a contesté que le recours pour excès de pouvoirs fût un recours contentieux (1). Voici les arguments qu'on peut faire valoir en faveur de sa nature contentieuse (2).

1° La loi du 24 mai 1872 a fait disparaître le principe de la « justice retenue ».

Art. 9. — « Le Conseil d'Etat statue *souverainement* sur les recours en matière contentieuse administrative, et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoir formées contre les actes des diverses autorités administratives. »

On sait que le Conseil d'Etat a le pouvoir d'annu-

1. Jacquelin. *Princ. dom. du cont. adm.*, p. 230, 238, 251, 254. — Une conception d'ensemble du dr. adm., p. 13. — Duguit. *L'Etat*, II, p. 581.

2. Marie. « De l'avenir du recours p. exc. de pouv. » *Rev. de Droit pub.*, 1901.

ler les actes émanés du chef de l'Etat. S'il remplissait alors une fonction administrative, il serait le supérieur hiérarchique du chef de l'Etat, et celui-ci ne serait plus le chef suprême de l'administration : cette solution ne saurait être acceptée et montre que le Conseil d'Etat fonctionne alors, non comme administrateur, mais comme juge, même à l'égard de cet administrateur supérieur qu'est le chef de l'Etat.

2° Les textes fournissent un argument. Sans doute, l'article 9 de la loi de 1872 semble opposer le recours contentieux proprement dit à la demande en annulation pour excès de pouvoir. Mais si le législateur a mis à part cette dernière, c'est simplement parce qu'il l'a trouvée organisée à part. Il y a d'ailleurs d'autres textes non moins probants. Les lois du 10 août 1871 (art. 88) et du 8 avril 1898 (art. 13) reconnaissent formellement le caractère contentieux de ce recours.

3° Le Conseil d'Etat lui-même le proclame (1).

4° Le Conseil d'Etat exige de celui qui veut intercaler ce recours la capacité d'ester en justice, l'oblige à un délai, réduit à deux mois par la loi du 13 avril 1900 — et applique la théorie du recours parallèle —

1. C. E., 10 juillet 1885. — 3 février 1888. — 1^{er} février 1889. — 8 février 1889. — 7 juin 1889. — 20 juin 1890. — 2 juillet 1892. — 29 novembre 1895. — 10 juillet 1896. — 13 novembre 1896. — 2 avril 1897. — 18 mars 1898, etc.

Tout cela ne se conçoit bien que si le recours est contentieux.

5° La forme juridictionnelle incontestable que la jurisprudence a donné au recours. « Avec le Conseil d'Etat, examen de la question de droit soulevée, solution de cette question par des raisons de droit, bonnes ou mauvaises, mais produites comme raisons de droit, radicalement différentes des raisons propres à l'administrateur qui sont empruntées à un autre ordre d'idées, savoir l'intérêt général, l'opportunité, les convenances, l'équité. — Avec le Conseil d'Etat, examen méthodique, contradictoire, les parties entendues ou appelées, les questions débattues : examen proprement contentieux. »

Les arguments les plus sérieux, invoqués à l'encontre par MM. Jacquelin et Duguit, sont tirés des origines historiques du recours. Deux faits rendaient en effet, au commencement, son caractère incertain et ont pu contribuer à entretenir l'erreur :

1° La réunion dans la personne du chef de l'Etat des fonctions de chef suprême de l'administration et de juge suprême en matière administrative, conséquence de la réapparition en l'an VIII du principe de justice retenue ;

2° La défiance en l'an VIII à l'égard des recours contentieux en matière administrative : on se rappelait les empiètements des anciens Parlements ;

3° La prédominance des incompétences et vices de

forme parmi les griefs invoqués à l'appui du recours : le chef de l'Etat annulant des actes administratifs entachés de ces vices, n'apparaissait-il pas alors surtout comme un supérieur hiérarchique ?

Enfin, l'effet *erga omnes* n'achevait-il pas de donner à cette décision le caractère d'un acte administratif plutôt que juridictionnel ?

Quant à l'époque actuelle, deux traits peuvent encore être invoqués en ce sens :

1° L'admission du détournement de pouvoir parmi les griefs. Ce n'est pas en effet une question de droit qu'il s'agit alors d'examiner, mais une question de fait d'une nature toute spéciale ;

2° L'effet *erga omnes* des décisions du Conseil d'Etat annulant un acte administratif général, tel que les actes réglementaires émanés des préfets et des maires.

Tout ce que prouvent ces arguments, c'est qu'un certain doute a pu planer au début sur le caractère du recours pour excès de pouvoir et que, de sa première origine, certains traits ont survécu jusqu'à ce jour.

Dans le détournement de pouvoir, ce qu'on prétend vicié, c'est la volonté de l'administrateur et quelque délicate que soit la tâche du Conseil d'Etat lorsqu'il entreprend de vérifier l'exactitude de ce grief, il n'est cependant pas contradictoire de charger de cette vérification une autorité juridictionnelle

et de lui permettre de tirer les conséquences juridiques de cette vérification (1).

L'effet *erga omnes* est une anomalie très utile, qui s'explique par le développement historique du recours. Le chef d'Etat, donnant la consécration aux décisions du Conseil, paraissait statuer en tant qu'administrateur : de là l'effet *in rem*. Cette conséquence, simplement apparente, s'est conservée sous le régime de la justice déléguée : c'est une preuve de la lenteur avec laquelle la logique pénètre dans l'économie des institutions, et voilà tout.

Nous avons ainsi combattu les arguments qui pourraient faire considérer notre recours comme gracieux. D'autre part, nous avons indiqué que le Conseil d'Etat prononce souverainement, qu'il se décide par des raisons de droit.

Pour que le recours soit contentieux, il reste encore à prouver qu'il y a bien litige entre les parties, c'est-à-dire qu'il y a bien un demandeur et un défendeur, que l'autorité et l'individu s'opposent réciproquement de véritables droits et que le recours protège des droits et non de simples intérêts.

Selon MM. Hauriou (2) et Duguit (3) : « Il n'y a

1. On confie une tâche absolument analogue, aux tribunaux de droit commun, lorsqu'on leur laisse le soin d'apprécier si un acte a été accompli *bona* ou *mala fide*.

2. Hauriou. *Précis*, p. 461.

3. Duguit. *L'Etat*, II, 532 et s.

point de litige entre parties, il n'y a pas de défendeur. » (1) Le Conseil d'Etat même l'a déclaré dans un arrêt du 8 décembre 1899 (ville d'Avignon. S. 1900. 3. 73) : « Considérant que les instances engagées par application des dispositions des 7-14 octobre 1790 et 24 mai 1872, n'ont pas le caractère de litiges entre parties. » Nous répondrons avec M. Cruet (2) : « La puissance publique impersonnelle est une fiction derrière laquelle on discerne des intérêts collectifs : un arrêté de police municipale est un acte de puissance au premier chef, mais il n'en est pas moins vrai que la collectivité communale, ayant son organe dans le Conseil municipal, peut avoir intérêt au maintien de cet acte. C'est pourquoi on voit fréquemment des communes former des demandes en intervention, afin de présenter la défense de l'acte attaqué : et ces demandes ont été fréquemment accueillies (3). Il y a des

1. Il y a toujours un défendeur, si l'on entend par ce mot, — et c'est très plausible — « une personne appelée à contredire les conclusions du demandeur, quelles que soient les circonstances de la cause, sans exiger qu'elle oppose à la demande de son adversaire une véritable prétention contradictoire ». Tournyol du Clos. *Essai sur le rec. p. exc. de p.* Thèse, Paris, 1905.

2. Cruet, *op. cit.*, p. 283.

3. *Rev. gén. du droit de la lég. et de la jur.*, 1903, p. 297. — C. E., 9 mars 1900. Boucher d'Argis. — 24 janvier 1902. Avézard.

arrêts dissidents (18 mars 1898. Noualhier. — 25 janvier 1901 Juot-Saucin). Mais la tendance est de ne plus opposer à l'intervention des communes la fin de non-recevoir tirée de ce qu'il appartient au ministre seul de défendre au pourvoi en annulation. Ainsi il y a un litige entre parties et il y a un défendeur. Le Conseil d'Etat se contredit.

Et maintenant, on a dit que le recours pour excès de pouvoir protège de simples intérêts et non des droits subjectifs. C'est une question qui doit nous préoccuper beaucoup, puisque, nous l'avons vu, il y a de très nombreuses illégalités que commet l'autorité de police par des atteintes aux libertés diverses. Ces libertés sont-elles des droits ? Pour élucider ce point, il faut définir les droits subjectifs : *un droit public subjectif est un intérêt qu'une personne fait valoir — ou une faculté qu'elle exerce — grâce à la constitution, aux lois et règlements qui les lui reconnaissent ou aux institutions qui les lui garantissent pour elle-même — dans certaines conditions, et sans les subordonner à aucune intervention discrétionnaire.* Justifions et précisons cette définition.

Il est incontestable en effet que l'intérêt est à la base de l'activité humaine. Les constitutions dans leurs parties affirmatives, les lois matérielles (1) et les règlements consacrent les intérêts des personnes,

1. Jellinek. *Gesetz und Verordnung*, p. 240.

c'est-à-dire des individus et des groupes capables d'émettre une volonté par eux-mêmes ou par un organe. Les déclarations ou constitutions ne confèrent pas de droits quand elles promettent seulement. De même toutes les lois n'établissent pas des droits ; celles qui créent des institutions, celles qui tracent les règles de l'activité administrative, celles qui ne font que recouvrir un acte administratif ne sont pas des lois matérielles : elles ne visent pas l'activité des particuliers et des groupes.

Il y a des conditions à la mise en jeu des intérêts. Il faut d'abord qu'un état de choses règne dans la société qui leur permette d'agir chacun dans une mesure égale. C'est l'ordre public. Il exige que les intérêts soient limités les uns par les autres. D'autre part, il y a certaines facultés que l'individu ne peut exercer sans porter une atteinte sensible à celles des autres ; celles-là sont réglementées. Mais, si elles sont subordonnées à une certaine autorisation, encore faut-il, pour qu'il y ait droit, qu'on la leur accorde dès que telles et telles conditions se trouvent réunies ; il n'y aurait plus « droit » si l'octroi de l'autorisation dépendait d'un pouvoir discrétionnaire.

Il ne suffit pas non plus qu'un intérêt social soit garanti par une loi pour qu'il en résulte un droit : les droits de douane sont établis dans l'intérêt social ; cependant, s'ils n'étaient pas perçus, aucun citoyen n'aurait le droit d'exiger qu'ils le soient. Il n'y a droit

que si l'intérêt est reconnu à l'individu ou au groupe pour lui-même.

De même, il ne suffit pas qu'une utilité individuelle trouve protection dans un texte de loi pour qu'elle devienne un droit ; il faut que ce texte soit écrit en vue de la protection de cette utilité.

Enfin, la loi ne reconnaît pas seule des droits ; les institutions peuvent protéger les intérêts d'un individu, d'un groupe ; il en résulte des droits, puisque l'activité même des personnes s'y trouve garantie. Ainsi, les compétences sont réparties d'une certaine façon, les actes de puissance publique doivent être accompagnés de telles et telles formes, et dirigés vers tels ou tels buts, pour ne pas entraver injustement l'activité des personnes : par suite celles-ci ont un droit subjectif à la compétence, aux formes, au but administratif (1) : ce sont des droits négatifs, mais les droits réels ne le sont-ils pas également ?

Un droit n'est qu'une puissance sur quelque chose, un pouvoir de vouloir quelque chose (Wollenkönnen), peu importe que cette chose soit matérielle ou immatérielle, positive ou négative : le droit le

1. En ces sens M. Barthélemy, *op cit.* — Laferrière, II, 436 : « En présence d'actes discrétionnaires, on n'a pas le droit d'exiger que l'autorité prononce dans tel ou tel sens, mais on a le « droit » d'exiger qu'elle prononce dans les formes de droit et dans les limites de sa compétence. — C. E., 10 juillet 1896. Colette.

plus abstrait aboutit toujours à quelque avantage pour le patrimoine en fin de compte ; il est indifférent que cette réalisation s'opère par l'action directe du titulaire du droit sur un objet matériel ou par une série de répercussions qu'il commande.

On voit par ces explications que la loi est essentiellement écrite en vue de l'individu, et que tout texte qui vise l'activité ou les intérêts des individus et des groupes leur confère un droit subjectif, dans un esprit de justice. Mais ce n'est qu'un droit virtuel, une liberté ; il devient effectif lorsque la personne vient à l'exercer ; c'est alors que se crée « une situation juridique subjective » (M. Duguit).

M. Artur a montré que toutes les ouvertures pour excès de pouvoir se retrouvent dans la jurisprudence judiciaire. La conclusion s'impose : « Si les questions résolues par les deux ordres de tribunaux sont les mêmes, si elles supposent identité de raisonnements juridiques chez le juge et de situation chez les plaideurs, nous proclamerons qu'il y a contradiction et inconséquence à rejeter l'idée de droit violé, lorsque c'est le Conseil d'Etat qui prononce, et à l'admettre lorsque ce sont les tribunaux judiciaires. » (1). Le simple intérêt n'a aucune influence sur l'issue du procès ; il ne fait que donner qualité à la partie

1. Artur. *Revue de dr. pub.*, 1903, p. 477.

demanderesse. M. Hauriou (1) proteste que M. Artur s'est donné une peine inutile tant qu'il n'a pas prouvé que toutes les décisions du Conseil d'Etat « absolument » impliquent droit violé et qu'on pourra trouver un seul pourvoi admis à raison d'un simple intérêt lésé. Or nous venons d'expliquer que par leur nature même, les ouvertures à recours comme l'incompétence, le vice de forme, le détournement de pouvoir proviennent de la lésion de droits publics subjectifs. On ne pourra donc jamais triompher au Conseil d'Etat qu'en invoquant des droits publics subjectifs.

Nous avons maintenant réuni les conditions exigées pour qu'un recours soit juridictionnel. La conclusion de ces développements s'impose tout naturellement : c'est que le recours pour excès de pouvoir est une véritable action (2) et que, si la police empiète sur un droit individuel quelconque, ce droit trouvera la protection la plus efficace dans cet excellent moyen.

1. Hauriou. *El. du cont. adm.*, 1905.

2. En ce sens, MM. Barthélémy, Artur, Léon Marie, *op. cit.*, et Hauriou (*Précis de dr. admin.*, 5^e édit., p. 270, note 1).

CHAPITRE II

Nature subjective du recours pour excès de pouvoir

On objecte encore que ce recours a été simplement créé pour maintenir l'administration dans la voie de la légalité et non pour protéger les droits des administrés. Examinons les arguments qu'on fait valoir à l'appui de cette assertion.

1° L'effet *erga omnes* de l'annulation prouve bien, dit-on, que le recours est seulement dans l'intérêt de la loi. Or nous avons montré que la formation historique, la logique même et les considérations de la pratique justifiaient cet effet *in rem* ;

2° M. Hauriou reconnaît un fait : « Sans doute, le recours pour excès de pouvoir est dans l'intérêt des administrés et il le faut bien, puisqu'il doit être mis en mouvement par eux. Mais, ajoute-t-il, l'intérêt qu'ils ont à l'annulation se ramène lui-même à l'intérêt de la bonne administration. » (1).

1. Hauriou, 6^e édit., p. 429.

Cependant, répliquerons-nous, l'administration n'a sa raison d'être que par l'individu. C'est donc la réalisation de son intérêt propre que l'individu poursuit comme fin, et, s'il se réclame d'une mauvaise administration, ce n'est qu'un moyen.

3° Quant à la quatrième ouverture, M. Hauriou (1) nous dit : « Ce n'est pas le droit violé qui s'exerce par lui-même, c'est l'intérêt tiré de ce droit qui devient condition de la recevabilité du recours objectif... La condition du droit acquis est pour limiter la portée de notre ouverture ; elle signifie que la fausse application de la loi ne sera prise en considération que si l'intérêt du réclamant est tiré d'un droit acquis. Si les droits des administrés venaient contester par eux-mêmes l'acte d'autorité, il n'y aurait pas de bonne raison pour restreindre les pouvoirs du juge à l'annulation ; cette particularité ne s'expliquerait plus. » (2). Nous répondrons qu'elle s'expliquerait encore de deux façons : 1° Les pouvoirs d'un juge sont déterminés par la destination de l'action : le recours pour excès de pouvoir ayant pour but de faire observer la légalité, c'est-à-dire de ne protéger que les droits individuels ayant un objet immatériel, le bon fonctionnement des services publics, le juge du

1. Hauriou, *id.*, p. 455.

2. En ce sens, MM. Duguit, *op. cit.*, II, 532 et s. et Marie, *op. cit.*

recours pour excès de pouvoir ne peut et ne doit logiquement que faire justice à ces droits par l'annulation de l'acte incriminé : d'ailleurs, l'individu reçoit de ce seul fait entière satisfaction, lorsqu'il s'est servi de ce recours contre des actes généraux ou des actes individuels qui n'avaient encore reçu aucun commencement d'exécution, pour protéger des droits subjectifs qui allaient être atteints. Le juge s'arrogerait des pouvoirs étrangers à la finalité du recours en statuant sur des droits ayant un objet matériel et en ordonnant une réparation appropriée. Ce sont en effet deux droits complémentaires, mais deux droits distincts, que le droit à la régularité des agissements administratifs et le droit à la réparation des dommages causés au patrimoine.

2° Le juge sortirait encore de sa mission d'une autre manière : En effet : que fait le juge ? Acte de subsomption, acte de logique. Qu'eût été l'acte fait par l'autorité compétente ? La logique ne l'indique pas. Réformer l'acte, c'est se substituer à l'administrateur. Donc le juge du Conseil d'Etat doit s'en servir à l'annulation, sous peine d'enfreindre la séparation des fonctions. Il n'a pas à vouloir, il n'a qu'à dire le droit (*jus dicere*).

D'autre part, si l'annulation ne suffit pas pour satisfaire l'individu, n'a-t-il pas le recours contentieux ordinaire ? Et même, les tendances actuelles de la jurisprudence y aidant, ne triomphera-t-il pas

dans l'action en indemnité contre l'Etat à raison de l'acte de puissance publique qui lui préjudicie, chaque fois que les services de police auront mal fonctionné ? (1).

Nous pouvons répliquer, en faveur de la subjectivité :

1° Si le recours pour excès de pouvoir était objectif, tout le monde pourrait l'exercer ;

2° Et le particulier n'aurait qu'un recours gracieux et ne pourrait qu'implorer la faveur d'une reconnaissance de son droit.

3° Il suffirait de dénoncer une violation quelconque de la loi pour être admis ; or il faut un « intérêt direct et personnel » : toute loi ne vise pas des intérêts et toute violation de la loi ne lèse pas les intérêts de quelqu'un, car il n'y a de lois véritables, de lois au sens matériel du mot, que celles qui ont trait à l'activité des individus et la restreignent dans un esprit de justice et d'utilité générale ;

4° On évite cette contradiction principielle d'un recours contentieux basé sur un simple intérêt. On évite cette contradiction verbale de désigner par la même expression, « recours pour excès de pouvoir » deux recours qui seraient de nature différente, le recours pour violation des formes, des compétences et du but administratif étant basé sur de simples inté-

1. Teissier, *op. cit.*, p. 185 et 209.

rêts, le recours pour violation de la loi et des droits acquis étant basé sur des droits subjectifs (1) ;

5° On oppose le droit objectif au droit subjectif des administrés. Mais, nous allons le montrer, par sa genèse même, le droit public est presque entièrement subjectif ; la législation dite objective, n'est autre chose en général que la prévision d'un grand nombre de situations subjectives virtuelles, et la loi matérielle a été établie exclusivement en considération des « personnes » ; dès lors, toute institution vraiment objective, c'est-à-dire indispensable pour l'organisation élémentaire de la société, envisagée comme société, n'est plus susceptible d'intéresser « directement et personnellement les individus » ; par suite il ne saurait être question de recours pour excès de pouvoir dans les relations des individus avec ces institutions et l'on ne conçoit pas comme possible l'existence d'un recours subjectif. C'est ce que nous espérons prouver en exposant succinctement la formation du droit et de la loi.

Il y a dans tout homme, deux mobiles primordiaux, qui régissent son activité : le sentiment de son intérêt et le sentiment inné de la justice. Le sentiment de son intérêt le pousse à user le plus largement possible de ses forces, de ses facultés physiques et intellectuelles ; le sentiment inné de

1. Barthélemy, *op. cit.*

La justice vient chez lui de cette intuition que puisqu'il est, d'autres peuvent bien être aussi, et l'incite à s'arrêter quand son action deviendrait oppressive pour son prochain. Il a d'ailleurs également intérêt à se réfréner : une vague idée de solidarité l'avertit qu'il a besoin de ses semblables et que leur existence, leur développement même peuvent lui être nécessaires. Mais un secret instinct de justice et de pitié précède cette réflexion et c'est lui qui commande au plus fort de borner ses prétentions. « Ce que la conscience humaine perçoit directement, dit M. Esmein, ce sont les idées simples de liberté, de responsabilité et de justice ; c'est de là que le droit est sorti. Les idées de charité, de fraternité, de solidarité humaine, sont d'une autre origine » (1).

Intérêt et justice se rencontrent aussi bien, comme mobiles de leurs actes, dans les groupes et chez les gouvernants. Chacun de ces trois éléments, individus, groupes, gouvernants cherche son intérêt : trois forces se trouvent par suite en présence. Elles ne peuvent qu'entrer en lutte. Suivant les circonstances, suivant les lieux, suivant les époques, c'est l'individu, le groupe ou l'Etat qui l'emporte ; aussitôt l'élément triomphant est tenté d'imposer aux deux autres, à son profit, une limitation très étroite

1. Esmein. *Dr. constit.*, 3^e édit., Introd. Critique de M. Duguit.

de leur activité. Mais il se rend compte que sa propre autorité deviendrait par là même instable ; il est donc de son intérêt de borner ses prétentions ; en même temps, et surtout, le sentiment de la justice le sollicite à se montrer raisonnable dans ses institutions : il se forme donc une sorte de compromis entre l'élément triomphant et les deux autres : le législateur ne fait que constater ce *modus vivendi* (1). Le droit est un pacte entre la force et la justice. Il n'est pas antérieur et supérieur à l'Etat ; il est la consécration d'un fait. Il est aussi un *vinculum* : il lie celui qui l'établit et ceux qui le reçoivent. Il est écrit en faveur de l'individu et du groupe aussi bien qu'en faveur de l'Etat ; ils se doivent mutuellement le respect. L'Etat limite son droit (2) ; mais, si cette limite lui est inspirée par son intérêt bien compris,

1. Cf. Jossierand, *op. cit.*, p. 2 : « Dans une société quelconque, tous les droits sont mitoyens et le rôle du législateur consiste, non pas à assigner à chacun d'eux un refuge inviolable, mais à organiser leurs luttes, à conditionner sagement, pour l'amortir, le choc des intérêts en présence, — en un mot à réaliser le juste équilibre des forces individuelles qui gardent perpétuellement le contact. » Kant n'a-t-il pas défini le droit : « L'ensemble des conditions qui limitent les libertés pour permettre leur accord ? »

2. Cf. Jossierand, *op. cit.*, p. 2 et 3 : « N'étant autres que des intérêts réglementés, canalisés, et par cela même qu'ils constituent des forces vives, les droits ont une propension naturelle à tout envahir. »

elle lui est surtout imposée, et cela, par le sentiment de la justice, qui veut que l'existence des individus et des groupes soit assurée par lui : « La limitation du pouvoir par le droit, dit Khorkounov (1), est créée, non seulement parce que les représentants du pouvoir, en hommes avisés, limitent ce pouvoir par le droit des citoyens, mais aussi et surtout parce que l'idée qu'ont les citoyens de leur dépendance n'est jamais illimitée et qu'avec le développement de la vie sociale, avec la création à côté de l'Etat d'une foule d'autres sociétés, avec le progrès des relations internationales, cette notion devient de plus en plus restreinte. »

Il y a donc bien moins auto-limitation, comme le veulent Hegel, Ihering, Jellinek, Laband, Preuss et toute l'école allemande, que limitation imposée par la force et par la justice. Chacun a le droit de vivre et de se développer : si l'Etat portait atteinte à ce droit, la masse finirait par se soulever contre lui, elle opposerait sa force à la force étatique, pour ramener l'Etat dans la voie de la justice qu'il avait perdue de vue. C'est ce qu'explique M. Michel, pour les groupements : « La justice résidera dans la volonté d'assurer, et dans l'effort pour assurer aux personnes morales la jouissance effective des droits qui leur auront été préalablement reconnus et qu'il

1. *Théorie générale du droit*, p. 402 et s.

est possible de ramener à deux : le droit de vivre, avec celui de s'élever par la culture ». (1) C'est ce que Sieyès demandait déjà pour l'individu : « Les citoyens en commun ont droit « a tout ce que l'Etat peut faire en leur faveur », disait-il.

Le droit ne crée donc pas ; il est un phénomène secondaire. Pour parler le langage des mathématiques, il est comme le vecteur représentant la résultante des trois forces. Mais, par cela-même, qu'il revêt une forme rigide, il n'est que pour un temps l'expression de l'équilibre. Chacun des facteurs prend de plus conscience de sa valeur ; — une cohésion plus étroite unit les membres des groupes qui combattent pour les idées ; — l'individu de son côté redouble d'énergie ; — le gouvernement enfin s'efforce d'augmenter son empire. C'est la vie politique. Un gouvernement habile reconnaît exactement les positions nouvelles et sait concéder à temps l'avantage exigé par l'individu ou le groupe ; il obéit par là autant à la justice qu'à la menace d'une révolution.

Chacun des facteurs se fait sa part du *condominium*. Le législateur la reconnaît, en considération de son titulaire ; il ne fait qu'enregistrer la solution du conflit entre trois volontés ; la personnalité de

1. *L'Idée de l'Etat*, p. 646 Il suffit d'admettre l'égalité ou la liberté, pour que tous les autres droits de l'homme en dérivent. C'est ce que montrent : MM. Esmein. *El. de droit const.*, p. 382, et Hauriou, *op. cit.*, p. 326.

chaque élément s'affirme par là même. Le droit vise essentiellement ces personnalités ; il s'incarne en elles : Il n'est que la charte où leurs prérogatives sont consignées, le plan qui délimite le cercle de leur activité. Par lui-même le droit public est donc subjectif. Le seul droit objectif est celui qui organise des services, que monte les rouages de la machine gouvernementale ou administrative. Si des règles, présidant à sa marche, intéressent particulièrement l'individu, le groupe ou l'Etat, ces règles auront été édictées à leur profit : elles seront donc encore subjectives. Il suffit que l'individu les invoque pour que le droit virtuel qu'elles consacrent devienne effectif. Ainsi donc, les règles auxquelles doivent se conformer les autorités de police, les libertés auxquelles elles portent souvent atteinte ont été établies en considération de l'individu et n'ont de raison d'être que par l'individu, dont elles sauvegardent les intérêts. Son droit à leur observation est donc bien subjectif.

Prétendre que le recours en annulation n'a pour but que le respect de la légalité, c'est oublier que la loi matérielle est justement écrite pour protéger l'activité de chaque individu. Faire observer la loi matérielle n'est qu'un moyen pour garantir des droits subjectifs, qui sont une fin. L'individu invoque une violation de la loi objective pour faire triompher ses droits subjectifs. Doit-on qualifier un

recours par ce qu'il a d'accessoire ou par son but principal ?

Certains publicistes allemands et italiens admettent, non sans contradicteurs, que les recours étrangers qui se rapprochent le plus de notre recours pour excès de pouvoir sont objectifs (1).

Cela tient à leur conception de la souveraineté. Les droits publics sont considérés dans ce pays comme concédés par le « prince ». Les individus ne peuvent rien prétendre au delà de ce que les textes leur reconnaissent. On comprend dès lors que les recours soient objectifs et tendent à assurer le respect de la légalité. Mais en France, pays démocratique, depuis la Révolution, on place la souveraineté dans l'individu ; il est le centre autour duquel tout gravite ; le recours, s'il a pu être créé dans l'intérêt de la bonne administration, est maintenant le bouclier des intérêts individuels ; c'est la loi du 24 mai 1872 qui a constaté ce changement, après l'avènement de la République.

En résumé, que les autorités de police violent la loi dans son texte ou dans son esprit, qu'elles empiètent sur le domaine des autres organes ou qu'elles faussent les armes qui leur sont confiées, elles por-

1. Gerber, *op. cit.*, p. 76-80. Zachariæ. *Staatsrecht*, I, p 443, § 87, note 1. — Porrini. La giurisdizione d'annulamento in *Archivio giuridico*, 1892, t. XLVIII. — *Contra* : Stengel *Lehrbuch*, p. 42.

tent toujours atteinte de loin ou de près, aux intérêts moraux de chaque individu, qui se confondent ici avec l'intérêt collectif. Si, devant les tribunaux ordinaires ou devant le Conseil d'Etat, l'individu défend son droit, il défend du même coup celui de ses semblables, tout comme, en réclamant la *restitutio in integrum* de sa propriété, il assure en même temps le respect de l'institution de la propriété. Si la chose appartenait en commun à une collectivité, au nom de laquelle le plaideur agisse contre une autre personne, qui elle-même représente une collectivité, il y aurait autorité de la chose jugée vis-à-vis de tous les individus représentés. Le même effet se produit dans le recours pour excès de pouvoir. Le bienfait de l'arrêt rejaillit sur tous les individus, parce que tous ont le même intérêt. Il n'y a rien là que de très naturel. Pour défendre de véritables droits subjectifs, les individus ont un véritable recours juridictionnel qui procure à leurs intérêts moraux blessés une entière satisfaction.

CONCLUSION

Les actions de la police sont promptes ; elle a plutôt des règlements que des lois... Ainsi, il ne faut pas confondre les grandes violations des lois avec la violation de la simple police ; ces choses sont d'un ordre différent.

MONTESQUIEU. *Esprit des lois*, XXVI, 24.

Par son rôle même, la police a besoin d'une certaine latitude d'appréciation : elle est appelée à trancher sur-le-champ des difficultés nouvelles que le législateur n'a pu prévoir ; même s'il les a prévues d'une façon générale, comme elle doit tenir compte d'une foule de circonstances, du temps, des lieux, des usages, des mœurs, du mouvement social, etc., pour réaliser son objet, l'absence de trouble, le législateur a dû lui donner de larges pouvoirs ; par suite elle jouit d'une liberté de mouvements presque complète sur certains terrains. Comme la rapidité avec laquelle elle doit le plus souvent agir lui enlève les loisirs d'une mûre réflexion, elle a surtout conscience de sa force et il lui arrive d'en dépasser les bornes.

D'autre part, l'autorité, livrée à ses propres inspirations pour éclaircir promptement des situations parfois délicates, est sujette à oublier la destination de l'institution et à résoudre le problème, sans tenir

compte de tous ses éléments, d'une façon plus personnelle que légale.

Ce vague dans les limites des attributions de la police est un mal nécessaire. Il faut en prendre son parti. Mais puisque la police restreint la liberté de certains individus pour l'avantage de tous, puisqu'elle dispose d'une sanction pénale, il est indispensable qu'un juge intervienne, pour empêcher un pouvoir inévitablement discrétionnaire de devenir arbitraire. Ce juge aura le temps de déterminer jusqu'à quel point l'individu doit faire le sacrifice de sa liberté quand il use de choses appartenant au commun des hommes ou quand ses actes privés doivent avoir une répercussion sur la collectivité.

Tous les pays n'ont pas organisé aussi bien ce contre-poids. L'esprit français, épris d'indépendance avant tout, a su en créer deux très sûrs.

Nous avons étudié ces moyens et nous y avons trouvé beaucoup plus à louer qu'à reprendre.

C'est surtout le recours pour excès de pouvoirs qui a retenu notre attention. C'est une arme sûre contre toutes les violations objectives de la légalité par l'autorité de police. Mais elle ne l'est pas moins contre les violations subjectives et c'est là encore qu'on peut attendre des améliorations. Le détournement de pouvoir presse en quelque sorte l'autorité d'appliquer la loi à la lueur de la morale sociale. Et cette morale varie suivant les besoins de l'époque et

suivant les préjugés pour se conformer aux nécessités économiques et aux aspirations de la collectivité. Dès lors, le détournement de pouvoir est un instrument merveilleusement souple d'adaptation des pouvoirs aux intérêts sociaux : il permet d'imprimer à la force publique l'orientation de chaque moment ; de différer et d'attendre l'intervention législative. Il assure un incessant « devenir » aux fonctions de la police et à son action une continuelle opportunité.

Nous avons vu de quelle admirable façon le Conseil suprême a créé et perfectionné le recours pour excès de pouvoir. Sous sa docte égide, les droits individuels peuvent s'exercer dans toute leur plénitude : le pouvoir discrétionnaire même est contrôlé pour partie. Aucun pays ne jouit d'une protection aussi étendue contre les pouvoirs de police. Ceux qui s'en sont remis aux tribunaux judiciaires n'ont pas donné la même sauvegarde aux individus. Il n'y a qu'à se louer de cette organisation.

Laissons le Conseil d'Etat parachever son œuvre : la justice et la liberté y gagneront toujours.

Lu et approuvé par le Président de la thèse :

LARNAUDE

Vu ; le Doyen,
CH. LYON-CAEN

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris.

LIARD

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.....	7

LIVRE I

<i>Définition de la police</i>	9
--------------------------------------	---

LIVRE II

<i>Limites des pouvoirs de la police</i>	30
CHAPITRE I. — Usurpation de pouvoirs.....	32
CHAPITRE II. — Excès de pouvoirs.....	86
<i>Section I. — Incompétence ratione materiæ</i>	88
§ 1. — Président de la République.....	88
§ 2. — Ministres.....	88
§ 3. — Préfets.....	89
§ 4. — Maires.....	91
<i>Section II. — Incompétence ratione loci</i>	97
<i>Section III. — Violation de la compétence unipersonnelle ou collégiale</i>	102
<i>Section IV. — Inobservation des diverses conditions de temps, de lieu, de formes, mises à l'exercice de la compétence</i>	103
<i>Section V. — Fausse appréciation des cas dans lesquels l'agent est « obligé » de faire certains actes de sa compétence et de ceux dans lesquels</i>	

il a un pouvoir d'appréciation plus ou moins discrétionnaire.....	105
<i>Section VI. — Violation de la destination légale de la compétence.....</i>	111

LIVRE III

<i>Recours juridictionnels contre les ordres de la police.....</i>	117
CHAPITRE I. — Différentes sortes de recours.....	117
CHAPITRE II. — Quels sont les recours juridictionnels contre les ordres de la police?.....	122
CHAPITRE III. — Recours contre les règlements.....	128
<i>Section I. — Recours pour excès de pouvoirs.....</i>	128
§ 1. — Conditions de recevabilité.....	128
§ 2. — Conditions de succès.....	135
§ 3. — Facilités pour intenter le recours.....	142
§ 4. — Effets du recours.....	143
<i>Section II. — Exception d'illégalité.....</i>	146
CHAPITRE IV. — Recours contre les mesures de police individuelles.....	149
§ 1. — Régime général.....	149
§ 2. — Régime spécial.....	152
A. — Prostituées.....	152
B. — Etrangers expulsés.....	155
C. — Aliénés internés par mesure de police..	157
D. — Voyageurs sans passeports.....	169
E. — Mendiants et vagabonds.....	171
CHAPITRE V. — Comparaison entre le recours direct et le recours indirect en France au point de vue jurisprudentiel.....	178
CHAPITRE VI. — Recours contre les ordres de police à l'étranger.....	182
§ 1. — Italie.....	182
§ 2. — Allemagne.....	184

§ 3. — Angleterre.....	192
§ 4. — Belgique.....	196

LIVRE IV

<i>Recours contre les mesures d'exécution</i>	200
---	------------

LIVRE V

<i>Valeur des recours.....</i>	206
CHAPITRE I. — Nature contentieuse du recours pour excès de pouvoir.....	213
CHAPITRE II. — Nature subjective du recours pour excès de pouvoir.....	224
CONCLUSION.....	236
TABLE ALPHABÉTIQUE.....	239

TABLE ALPHABÉTIQUE

- Aliénés.* — Leurs recours, p. 157 et s.
- Allemagne.* — Recours contre les mesures générales de police, p. 185 ; — contre les mesures individuelles, p. 185 ; — contre les voies de fait, p. 204.
- Angleterre.* — Recours contre les mesures de police, p. 192 et 205. — Aliénés, p. 162.
- Belgique.* — Recours indirects, p. 196. — Leur appréciation, p. 210. — Expulsion, p. 157. — Mendicité, p. 175.
- étournement de pouvoir.* — Définition, p. 111. — Nature, p. 137.
- Droit public.* — Genèse, p. 228. — Définition, p. 230. — Nature, p. 233.
- Droits publics subjectifs.* — Leur genèse, p. 228. — Définition, p. 219. — Les ouvertures à recours pour excès de pouvoirs viennent-elles de la violation de certains de ces droits ? p. 233.
- Excès de pouvoir.* — Définition, p. 29. — Différentes sortes, p. 86. — Incompétence *ratione materiæ*, p. 88. — Incompétence *ratione loci*, p. 97. — Compétence unipersonnelle ou collégiale, p. 102. — Inobservation des conditions de temps, de lieu, de forme, p. 103. — Obligation ou pouvoir d'appréciation à l'égard de certains actes, p. 105. — Détournement de pouvoir, p. 111. —
- Genèse de l'excès de pouvoir, p. 138.
- Etrangers expulsés.* — Leurs recours, p. 155.
- Habeas corpus*, p. 49.
- Intérêt direct et personnel*, p. 129. — Action populaire, p. 132.
- Italie.* — Recours, p. 182.
- Jurisprudence*, p. 178.
- Légalité.* — La police y est astreinte, p. 28. — Conséquences, p. 29. — Des règlements, p. 32. — Les règlements d'administration publique y sont-ils soumis ? p. 51. — Violations objectives et subjectives, p. 137.
- Loi.* — Imparfaite, p. 34. — Comparaison avec les règlements, p. 57.
- Luxembourg.* — Loi sur les aliénés, p. 161.
- Maires.* — Leurs excès de pouvoir, p. 91, 101, 103, 111.
- Mendiants.* — Leur régime, p. 171.
- Mesures de haute police*, p. 77.
- Mesures d'exécution.* — Définition, p. 200. — Recours contre elles en France, p. 203 ; — à l'étranger, p. 204.
- Mesures générales de police.* — Recours contre elles, p. 128 et s., 146 et s., 182 et s.
- Mesures individuelles de police.* — Recours contre elles, p. 149 et s., 182 et s.
- Ministres.* — Leur incompétence, p. 88.
- Permissions de police.* — p. 105.
- Police.* — Judiciaire et administrative, p. 7, 46. — Sens

- du mot, p. 10. — Fondement de son droit, p. 12. — Sa mission comparée avec celle du législateur, p. 13. — Définition, p. 14. — Sanction dont elle dispose, p. 15. — Son but, p. 15. — Son domaine d'action, p. 16. — Formes, p. 17. — Caractères de son action, p. 18. — Ses pouvoirs, p. 19. — Critique des définitions modernes du mot, p. 21. — Ce qu'elle ne peut pas faire, p. 28. — Limites de ses pouvoirs, p. 31. — Moyens qui lui sont permis, p. 39. — Son droit d'interdiction, p. 67. — Ses droits en matière non légiférée, p. 71.
- Pouvoir réglementaire.* — De la police, p. 19. — Comparaison avec la loi, p. 51. — Limites en matière de police, p. 64. — En matière non légiférée, p. 71.
- Préfet.* — Ses pouvoirs en face d'une *lex imperfecta* p. 42. — Droits que lui donne l'article 10 du Code d'instruction criminelle, p. 44. — Incompétence, p. 89, 104, 111. — Droits que lui donnent les articles 85 et 99. — Loi du 5 avril 1884, p. 98.
- Président de la République.* — Limites de ses pouvoirs, p. 52, 88, 97, 103.
- Prostituées.* — Leurs recours, p. 152.
- Recours direct.* — Contre les mesures générales et individuelles, p. 122. — Conditions : de recevabilité, p. 128 ; — de succès, p. 135. — Facilités pour l'intenter, p. 142. — Effets, p. 143. — Comparé avec le recours indirect, p. 178. — Sa nature contentieuse, p. 216. — Sa nature subjective, p. 224.
- Recours indirect.* — Contre les mesures générales et individuelles, p. 122. — Contre les règlements, p. 128. — Comparé avec le recours direct, p. 178.
- Recours juridictionnels.* — Conditions pour leur existence, p. 117. — Contre les ordres de police, p. 122, 149. — En Italie, p. 182. — En Allemagne, p. 184. — En Angleterre, p. 192. — En Belgique, p. 196. — Contre les mesures d'exécution p. 200. Leur valeur, p. 206.
- Règlements d'administration publique.* — Sont-ils soumis à la légalité? p. 51. — Y a-t-il délégation? p. 52. — Leur nature, p. 57. — Recours contre eux, p. 146.
- Règlements de police.* — Définition, p. 16. — Présidentiels, p. 33. — Imparfaites, p. 34. — Simples, p. 51. — Comparés avec la loi, p. 57. — Recours contre eux, p. 128.
- Règlements pénaux de police,* p. 20.
- Responsabilité.* — Des autorité de police, p. 125, 203.
- Usurpations de pouvoir.* — Définition, p. 30. — Sur le législateur, p. 32. — Sur le juge, p. 44. — Conséquences, p. 83.
- Voie de fait.* — Définition, p. 200. — Recours : en France, p. 203 ; à l'étranger, p. 204.
- Voyageurs sans passeport,* p. 169.

